

## 1. RECHTSPHILOSOPHIE UND JURISPRUDENZ\*

### *Vorbemerkung*

Die nachfolgende Darstellung beabsichtigt nicht, das Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Jurisprudenz in seinen mannigfaltigen und weitverzweigten Beziehungen zu erforschen. Sie beschränkt sich auf die Präzisierung und Lösung einer einzigen — und zwar der entscheidenden — Frage. Es ist die Frage, die im *Problem der Rechtsverbindlichkeit* eingeschlossen ist. Wird diese Grundfrage richtig gestellt und befriedigend gelöst, so stellen und lösen sich alle anderen Fragen gleichsam von selbst. Wird sie verfehlt, so sind die Versuche einer Lösung im übrigen verlorene Mühe — sie führen alsdann zu immer neuer Verwicklung, zu eigentlicher Vergewaltigung des Problems.

Indem unsere Erörterungen sich auf das grundlegende Verhältnis zweier Disziplinen beziehen, so haben sie zunächst eine streng *methodische* Frage im Auge. Allein, was hier, im Aufbau zweier Disziplinen, objektiviert erscheint, das war ursprünglich verbunden in der subjektiven Einheit des persönlichen Bewußtseins. Denn jeder Jurist ist — bewußt oder unbewußt — zugleich auch Rechtsphilosoph. Wer mit den Fragen juristischer Theorie und Praxis sich befaßt, befaßt sich in seiner Weise zugleich mit den prinzipiellen Fragen des Rechts. Und insofern mögen ihm unsere Untersuchungen auch eine menschliche Angelegenheit bedeuten. So, wie sie selbst aus einer ernststen Auseinandersetzung mit den hier liegenden Problemen und den hier erwachsenden Konflikten entsprungen sind, so wollen sie nichts anderes besagen als einen gedanklich präzisen Rat, eine methodische Mahnung für den, der mit der Lösung dieser Probleme und Konflikte zu tun hat.

Zürich, im Juli 1927

---

\* 1927, Verlag Girsberger & Co., Zürich. Im Gegensatz zu anderen Stücken dieses Buches beziehen sich die Fußnoten hier zwar meist auf die Literatur der 2½ ersten Jahrzehnte unseres Jahrhunderts. Die Hinweise illustrieren aber meinen selbständigen Gedankengang und dienen dem interessierten Leser als Beitrag zur Geschichte der Rechtsphilosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts.

## I

1. Eine bemerkenswerte Entwicklung des juristischen und des rechtsphilosophischen Denkens ist vor sich gegangen, seitdem Bergbohm, gegen die Wende des letzten Jahrhunderts, sein nachmals so berühmtes Buch über „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ der Öffentlichkeit übergeben hat<sup>1</sup>. Wir wissen heute: Die Zeit hat Bergbohm nicht recht gegeben. Die „Philosophie der Zukunft“, die Bergbohm prophezeite, und die nichts anderes darstellte als eine extreme Radikalisierung des damals herrschenden positivistischen Denkens — diese „Philosophie der Zukunft“ hat keine Zukunft gefunden. Sie hat die Rechtsphilosophie nicht zur Abdankung genötigt, wie es Bergbohm wünschte und hoffte. Im Gegenteil: die Rechtsphilosophie ist neu erstarkt. Sie hat einen unerwarteten Aufschwung genommen. Und mit ihr ist wiederum ein Gefühl der Selbstbeschränkung in die Jurisprudenz eingezogen, sind wiederum jene alten Vorstellungen aufgetaucht, wonach das eigenartige Verfahren und Denken des Juristen nur von der Warte einer höheren Lebensansicht aus restlos verstanden — begründet, begrenzt und gewürdigt werden kann.

Und so erhebt sich jetzt die kritische Frage: Liegt in dieser unerwarteten Linie der Entwicklung ein eindeutiger *Fortschritt* eingeschlossen? Soll man die moderne „Renaissance der Rechtsphilosophie“ begrüßen?

Der Freund der Rechtsphilosophie wird um die Antwort nicht verlegen sein. Er wird die Frage unbedenklich bejahen. Denn die Entwicklung hat gebracht, was *er* für wertvoll hält. Fragt sich nur, ob der Jurist bei dieser Bewertung ihm folgen kann. Eben dies hat Bergbohm aber radikal verneint. Er lehrte, daß der Fortschritt der Rechtsphilosophie notwendig mit einem entsprechenden *Rückschritt* der Jurisprudenz verbunden sei — und umgekehrt. Und so könnte denn heute eine kritische Betrachtung vielleicht zu dem Ergebnis führen, daß der Aufschwung der Rechtsphilosophie ein schlimmes Zeichen sei: ein Symptom für den eintretenden Zerfall der Jurisprudenz. Dann aber müßte Bergbohm, dem es mit seiner Philosophie und Prophetie so schlecht ergangen ist, in einem tieferen Sinne dennoch recht behalten.

Bei diesem Stand der Dinge wird man es verstehen, warum ich auch heute noch in einer Auseinandersetzung zwischen Jurisprudenz und Rechtsphilosophie zuerst an Bergbohm denke. Denn Bergbohm hat,

<sup>1</sup> *Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892.*

wie niemand sonst, die kritische Frage aufgeworfen, ob diese beiden Disziplinen überhaupt mit einander vereinbar sind. Ihm schien es äußerst bedenklich, daß eine fortgeschrittene Jurisprudenz die Rechtsphilosophie noch neben sich duldet. Und ebenso bedenklich, daß, umgekehrt, eine fortgeschrittene Rechtsphilosophie die Jurisprudenz nicht aus dem Tempel der Erkenntnis ausweist. Bergbohm hat diese entscheidende Frage der Koexistenz, des Zusammenbestehens von Rechtsphilosophie und Jurisprudenz aber nicht nur mit äußerster Präzision gestellt. Er hat für seine These der Unvereinbarkeit vor allem grundlegende *Argumente* vorgebracht, welche bis heute noch keine Widerlegung gefunden haben. Im Gegenteil: man ist über die tiefliegenden Schwierigkeiten hinweggegangen — und das Problem ist ungelöst geblieben.

Und doch sind Bergbohms Beweise überraschend einfach.

Bergbohm zeigt, daß jeder Versuch, rechtsphilosophisches und juristisches Denken miteinander zu vereinen, zu einem unerträglichen *Dualismus* führe. Der Dualismus wurzelt in der Verbindlichkeit des Rechts. Im Wesen eines jeden Rechts nämlich liegt es, schlechthin und ohne jede Einschränkung *verbindlich* zu sein. Das heißt, die Verbindlichkeit einer Anforderung kann nicht geleugnet werden, ohne daß zugleich ihr *Rechtscharakter* bestritten wird.

Dies nötigt nun den Juristen, so zeigt Bergbohm, zur Ausschließung der Rechtsphilosophie. Denn das Wesen der Rechtsphilosophie liegt ja darin, die Verbindlichkeit des „positiven“ Rechts nach einem „höheren“ Prinzip zu begründen und zu begrenzen. Der Jurist aber muß dieses Ansinnen im Namen des Rechts als eine Anmaßung zurückweisen. Andernfalls würde er die *unbedingte* Verbindlichkeit der positiven Normen, also gerade ihren Rechtscharakter preisgeben. Er würde zugestehen, daß diese Normen nur *bedingt* verbindlich sind — nämlich nur mit Berufung auf einen „höheren“ Zweck und unter Einschränkung durch diesen Zweck. Und eben dies kann er nicht anerkennen, ohne sich in einen logischen Widerspruch zu verwickeln. „Was . . . Recht ist, bedarf keiner weiteren Bestätigung und Sanktion“, sagt Bergbohm kurz und bündig<sup>2</sup>. Denn die Frage des Rechts lautet jeweils einfach und klar: „Erkennst Du mich als geltiges Recht an? Die Antwort ist ohne Aber und Indessen zu geben“<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Bergbohm, a. a. O., S. 400.

<sup>3</sup> Bergbohm, a. a. O., S. 398.

So muß denn der Jurist den Rechtsphilosophen mit seinem „Aber und Indessen“ schonungslos aus dem Gebiet der Jurisprudenz vertreiben. Allein, der Rechtsphilosoph räumt keineswegs das Feld. Er schickt sich vielmehr zum Gegenangriff an: Er selbst vertritt doch Rechtsprinzipien! Und wie das positive Recht, als solches, auf der Basis dieser Prinzipien begründet ist, so wird es auch von diesen Prinzipien beschränkt. Denn wohlbemerkt: diese Prinzipien tragen, als *Rechtsprinzipien*, die Grundzüge des Rechts an sich. Sie fordern, ohne Einschränkung zu gelten. Sie räumen auf mit dem, was ihnen widerspricht. Und da sie nun, als Richtlinien des Handelns, sich auf sämtliche Lebensverhältnisse *anwenden* lassen, so folgt nach Bergbohm aus der Annahme einer Rechtsphilosophie notwendig ein System von „*ideellen* Rechtsregeln“, welches dem „*positiven* Recht“ entgegentritt.

Jetzt aber wird die Situation kritisch. Wollen der Jurist und der Rechtsphilosoph sich wechselseitig noch ernst nehmen, so sehen sich beide in der unbequemen Lage, zweien Herren dienen zu müssen, von denen ein jeder mit kategorischer und imperativer Kraft Beachtung seiner Anweisungen fordert. Und da die Anweisungen dieser Herren einander stets widersprechen können, so *muß* zwischen ihnen eine Wahl erfolgen. Diese Wahl aber ist wahrhaft peinlich. Sie opfert in jedem Falle die *Rechtsqualität* einer *Rechtsanforderung*. Sie verlangt so oder so das Bekenntnis zu einem „. . . Recht, dessen Leistungen lebhaft an die einer leergehenden Mühle erinnern.“<sup>4</sup>

Bergbohms Bescheid an die streitenden Parteien lautet also: „Einer muß weichen“!

2. Ich habe bei meinem Versuche, das Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Jurisprudenz in seiner radikalen Problematik aufzuzeigen, bisher in Bergbohm einen Vertreter der Jurisprudenz zu Worte

<sup>4</sup> *Bergbohm*, a. a. O., S. 403. — Dieser Darstellung Bergbohms muß allerdings, wie schon *Ehrenzweig* (Jurisprudenz und Rechtsphilosophie in *Grünhuts* Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht, Bd. XXI) gezeigt hat, entgegengehalten werden, daß die *Anwendung* der rechtsphilosophischen Prinzipien nur vermittelt einer *positiven* Präzisierung und Ergänzung möglich ist. Damit ist allerdings die extrem *naturrechtliche* Konsequenz, die Bergbohm aus der Anerkennung einer Rechtsphilosophie zieht, widerlegt. Der Verlauf unserer Untersuchung wird aber zeigen, daß hiermit an der von Bergbohm aufgezeigten Schwierigkeit im Grunde nichts geändert ist. Denn die Rechtsprinzipien bleiben, sofern man ihre rechtliche Qualität nicht aufheben will, nach wie vor Kriterien der Rechtsverbindlichkeit. Andernfalls wäre es ja nicht möglich, die Rechtsverbindlichkeit aus ihnen zu *erklären*.

kommen lassen. Hören wir nun noch die andere Seite, die Rechtsphilosophie. Wir werden alsbald sehen, daß sich die Schwierigkeiten hiermit keineswegs mildern, sondern, im Gegenteil, sich noch wesentlich verschärfen.

Um alle Zweifel auszuschließen, es möge die Antwort, zu welcher nun die Rechtsphilosophie zugelassen wird, in eine *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος*, in eine Verirrung in rechtsfernes Gebiet ausarten, so soll auch hier ein angesehener Jurist zu Worte kommen, ein Jurist aber, der das Problem zugleich als Rechtsphilosoph empfindet und der insofern berufen scheint, als Vertreter der Rechtsphilosophie zu sprechen. Ich benütze zur Darstellung die tiefsinnigen und zugleich freien Gedanken, welche Rudolf Laun kürzlich in seiner bedeutsamen Rektoratsrede niedergelegt hat<sup>5</sup>.

Laun geht aus von der anerkannten, grundlegenden Unterscheidung von „*Kausalwissenschaften*“ und „*Normwissenschaften*“. Die Kausalwissenschaften untersuchen, um es kurz zu sagen, eine Notwendigkeit des *Müssens*; die Normwissenschaften dagegen eine Notwendigkeit des *Sollens*. Und zwar sind diese verschiedenen Typen von Notwendigkeit vollkommen eigenartig und in sich selbständig. Das heißt, man kann eine Notwendigkeit des Müssens logisch nicht aus einem Sollen ableiten, und man kann umgekehrt eine Notwendigkeit des Sollens nicht aus einem Müssen ableiten. Beides ist unmöglich, weil es, nach einem Elementarsatz der Logik, keine Ableitung geben kann, die zu *neuen* Begriffen führt, d. h. zu Begriffen, die in den Prämissen des Schlußverfahrens noch nicht enthalten sind.

Gegen dieses Postulat der Logik und Methodenreinheit aber verstößt nun, wie Laun darlegt, die Jurisprudenz, die Lehre vom „positiven Recht“. Denn diese Lehre „... will aus Macht Recht, aus Gewalt Pflichten, aus Kausalität ein Sollen ableiten“<sup>6</sup>. Sie beruht mithin auf einem Methodensynkretismus des Müssens und des Sollens. In einem Akte theoretischer Willkür rückt sie einen Inbegriff empirisch *herrschender* Regeln, die als solche für den Einzelnen nur ein „bedingtes Müssen“ darstellen, schlankweg in die Sphäre des *Sollens* hinein. Allein, „aus Reden, Unterschriften, bedrucktem Papier und Bajonetten folgt noch immer keine Pflicht“. „Das sogenannte positive Recht ist

<sup>5</sup> Laun, *Recht und Sittlichkeit*, 2. Aufl., Hamburg 1927.

<sup>6</sup> Laun, a. a. O., S. 19.

demzufolge eine Summe von Aussagesätzen über die bedingte Anwendung der Gewalt des Stärkeren. Das sogenannte positive Recht ist schlechthin Gewalt. Von einem Sollen, einer Pflicht, enthält es nichts“<sup>7</sup>.

Indessen, die Jurisprudenz kann diesen Bescheid, den ihr der Rechtsphilosoph hier erteilt, keineswegs akzeptieren. Was sie, als Rechtslehre, darstellt, das stellt sie vielmehr *alles* als ein Sollen dar. Andernfalls wäre sie ja keine Rechtslehre. Und gleichwohl sammelt sie ihr Material in der Tat „aus Reden, Unterschriften und bedrucktem Papier“ — und zwar mit einem unverkennbaren Seitenblick auf die „Gewalt des Stärkeren“. Aber gerade darin liegt doch der gekennzeichnete Methodensynkretismus? Gerade darin zeigt sich doch, daß das der Jurisprudenz eingeborene Bestreben, eine *positive* Rechtslehre zu sein, mit logischer Notwendigkeit zu einer radikalen Verletzung der methodischen Anforderungen führt, welche die Rechtsphilosophie als elementare Voraussetzungen jeder *Rechtslehre* nachweist?

Es scheint also, daß das charakteristische Verfahren des Juristen grundsätzlich unvereinbar ist mit gereinigter rechtsphilosophischer Einsicht. Auch von der Seite der Rechtsphilosophie betrachtet, stellt sich somit das Verhältnis zwischen Jurisprudenz und Rechtsphilosophie als höchst problematisch dar.

## II.

Bei dieser Sachlage muß man die Frage stellen: Was hat die Rechtsphilosophie, der es zukommt, die prinzipiellen Probleme des Rechts zu klären und zu lösen, — was hat sie bis heute getan, um diese tiefliegende Problematik im Verhältnis von Rechtsphilosophie und Jurisprudenz aufzuklären und aufzulösen? Zweifellos, die Rechtsphilosophie hat sich mit unserem Thema eingehend befaßt. Sie hat auf diesem Gebiet eine ungeheure Arbeit geleistet. Ja man kann sagen, daß das Hauptinteresse der Rechtsphilosophie sich seit langem auf das Gebiet unseres Problems konzentriert hat<sup>8</sup>. Allein, der bemerkenswerte Scharfsinn, der hierbei aufgewendet worden ist, hat nicht die gewaltige Trag-

<sup>7</sup> Laun, a. a. O., S. 8.

<sup>8</sup> Salomon, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, Berlin 1919, S. 9, bezeichnet die Bearbeitung des Verhältnisses zur Jurisprudenz geradezu als Grundproblem der Rechtsphilosophie.

weite der Schwierigkeiten aufgedeckt. Er hat die Problematik nicht aufgeklärt, wie man erwarten dürfte. Er hat sie, so scheint es, im Gegenteil verhüllt, verschleiert — manchmal sogar vertuscht. Die Rechtsphilosophie hat sich der Jurisprudenz mit Vorliebe als Wolf im Schafspelz vorgestellt. Und eben dieser — gewiß meist unbewußten — Tendenz ist es zu verdanken, daß zwischen Rechtsphilosophie und Jurisprudenz so etwas wie ein Friedensvertrag auf gegenseitiges Wohlverhalten zu Stande gekommen ist.

Ich betrachte diesen Frieden indessen als wenig zuverlässig und halte es daher für nötig, das Einvernehmen zwischen Jurisprudenz und Rechtsphilosophie neu zu begründen, sofern es überhaupt begründet werden kann. Die „Friedensverhandlungen“ aber, die hierfür erfordert werden, setzen restlose Offenheit der Aussprache voraus. Und so möge man mir die Offenheit denn nicht verdenken — zumal die Kritik, wie ausdrücklich betont sei, sich hinsichtlich der bona fides der kritisierten Lehrmeinungen überhaupt kein Urteil anmaßen will.

Zunächst bin ich dem Leser freilich eine Begründung meiner Ansicht schuldig, wonach die traditionelle Rechtsphilosophie unser Problem im Großen und Ganzen nicht sowohl gelöst, als vielmehr „beseitigt“ hat. Sie hat das Problem in der Tat beseitigt. Und zwar dienten zur Beseitigung im Wesentlichen zwei Tendenzen. Erstens die Tendenz einer willkürlichen Idealisierung der Wirklichkeit. Und zweitens die Tendenz einer Zersetzung des Rechtsbegriffs. Nach der ersten Richtung hin erreichte man, daß die „Trennung“ der Welt des „Müssens“ und der Welt des „Sollens“ grundsätzlich als aufgehoben erschien, womit der Konflikt, der sich aus dieser „Trennung“ ergibt, verschwunden war. Nach der zweiten Tendenz erreichte man, daß das *Sollen* (die normative Verbindlichkeit) aus dem Rechtsbegriff entfernt wurde, womit unsere Problematik ebenfalls entfiel, da sie, wie wir schon sahen (I), ganz und gar in der Frage der Verbindlichkeit verwurzelt ist.

Wir werden im Folgenden diese beiden Tendenzen kurz betrachten.

1. Die Methode der willkürlichen *Idealisierung der Wirklichkeit* kennzeichnet vor allem die Rechtsphilosophie *Hegels* und seiner Nachfolger. Diese Doktrin dekretiert, vermitteltst eines autoritativen Macht-spruchs, den Inbegriff der positiven Regeln in den Bereich der Vernunft hinein. Und über die Jünger der Rechtsphilosophie, welche sich alsdann noch über dem Verbindlichkeitsproblem in geistige Unkosten

und in Konflikte des Gewissens stürzen, belustigt sie sich folgerichtig mit dem Sprichwort:

„*Hic Rhodus, hic salta*“,

zu deutsch, nach Hegel,

„*Hier ist die Rose, hier tanze*“<sup>9</sup>.

Denn nach der Wirkung dieser Rosenperspektive geht im „... *Wollen* des Staates ... das *Sollen* rettungslos unter“, wie Binder in seiner dem Geiste Hegels gewidmeten „Philosophie des Rechts“ zutreffend sagt<sup>10</sup>. Oder, noch einfacher — gemäß Bergbohms schließlicher Konsequenz und „Lösung“ — : „Das positive Recht beruht direkt auf der Vernunft“<sup>11</sup>.

Der Konflikt ist jetzt beseitigt! Die Rechtsphilosophie hat sich als legitimen Trabanten der Jurisprudenz erkannt. Sie schreibt fortan ihre Lehre *für* die Jurisprudenz und entnimmt ihre Weisheit der positiven Doktrin. Und ein Blick auf die rechtsphilosophische Literatur könnte darüber belehren, daß Hegel mit dieser „Lösung“ weit über die Grenzen seiner Schule hinaus „Schule gemacht“ hat. Innerhalb der Jurisprudenz hat dies allerdings dazu geführt, daß die Vorstellung der *Herrschaft* der positiven Regeln mit der Vorstellung ihrer *Verbindlichkeit* vielfach zu einem einzigen, konfusen Begriffskonglomerat zusammengeschweißt wurde, was der Klarheit des juristischen Denkens, wie man begreift, nicht eben förderlich war.

Ich möchte mich mit dieser Gedankenrichtung daher nicht eingehender befassen. Es genügt, daß sie ein anschauliches Exempel dafür bietet, wie die Problematik im Verhältnis von Rechtsphilosophie und Jurisprudenz beseitigt werden kann.

2. Tiefer als diese offensichtliche Tendenz ist dem Auge das Wesen der zweiten Richtung verborgen. Diese Richtung zersetzt, so sagten wir, die normativen Elemente im *Rechtsbegriffe* selbst. Sie muß daher naturgemäß in einem gleichsam unterirdischen Prozeß verlaufen. Denn dieser Prozeß spielt sich im Gebiete der begrifflichen Bestimmungen des Rechts ab, im abstraktesten und undurchsichtigsten Teil der ganzen Rechtslehre also. Es ist ein äußerst schwieriges Unternehmen, hier zu

<sup>9</sup> Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, Vorrede. — Sehr gute Bemerkungen zu Hegel findet man bei Mezger, Sein und Sollen im Recht, Tübingen 1920, S. 34 ff.

<sup>10</sup> Binder, Philosophie des Rechts, Berlin 1925, S. 500.

<sup>11</sup> Bergbohm, a. a. O., S. 400.

den Fehlerquellen vorzudringen. Und so müssen wir uns, zumal im Rahmen dieser kurzen Arbeit, damit begnügen, wenigstens die *Tendenz* dieser Begriffsauflösung andeutungsweise zu kennzeichnen. Wir beschränken uns gleichsam auf eine anschauliche Skizze, welche die Lage unseres Problems bestimmter umreißen soll.

Am einfachsten ist der Fehler derjenigen Ansicht einzusehen, welche den Begriff des *Sollens* als Grundlage der Rechtslehre von vornherein offen ablehnt, weil sie das Recht abschließend als einen Inbegriff empirisch herrschender Sozialregeln, kurz, als „soziale Tatsache“ definiert. Diese Lehre, die man als *juristischen Empirismus* bezeichnet, ist im vergangenen Jahrhundert zu fast unumschränkter Herrschaft emporgestiegen, während sie sich heute in unaufhaltsamem Niedergang befindet. Unser Problem hat ihr wenig zu schaffen gemacht. Denn, da sie eine Verbindlichkeit im normativen Sinne gar nicht kannte (oder doch höchstens in jener konfusen Begriffsverschmelzung mit der Vorstellung empirischer Herrschaft ahnte), so erschien ihr die Rechtsphilosophie als ein höchst müßiges Unternehmen. Sie ersetzte sie durch die sogenannte „allgemeine Rechtslehre“, welche die abstraktesten Verallgemeinerungen der positiven Lehre im Wege der empirischen „Induktion“ zusammenstellen sollte<sup>12</sup>, wobei sie freilich wider Wissen und Gewissen des öfteren Rechtsphilosophie getrieben hat<sup>13</sup>. Bei alledem verkannte man nur eines: Man übersah, daß man in jedem einzelnen juristischen Gedankengang *faktisch* ganz anders dachte, als man nach der bewußten Konstruktion zu denken glaubte, als man in der Theorie zu denken vorgab. Man dachte (und lehrte) beispielsweise, daß fremdes „Eigentum“ respektiert werden „solle“; daß im Falle der Verletzung dieser

<sup>12</sup> So *Adolf Merkel* in seiner programmatischen Schrift: Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur ‚positiven‘ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, in *Grünbuts* Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht, Bd. I, 1874. — Man kann sich bei der Lektüre dieser empiristischen Schriften mitunter des Eindrucks nicht erwehren, in einem Lehrbuch der Botanik oder der Zoologie zu lesen. — Ganz im Zeichen des Kampfes gegen den Empirismus steht die Arbeit von *O. Kraus*, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz (Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XXIII, 1903), weshalb sie verhältnismäßig wenig positive Ergebnisse zu liefern vermag.

<sup>13</sup> Einen bedeutsamen Versuch zur Vertiefung der allgemeinen Rechtslehre stellt neuerdings *Kornfelds* Arbeit: Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz, Berlin 1920, dar. In der Lehre vom Rechtsbegriff bleibt aber auch Kornfeld im Empirismus stecken. Er definiert die „Rechtsregeln“ und „Rechtsverhältnisse“ als „soziale Tatsachen“ und zieht hieraus die ehrliche Konsequenz, die Jurisprudenz als eine „soziologische Wissenschaft“ zu charakterisieren, S. 62 f.

„Pflicht“ unter bestimmten Umständen „kompetente“ Behörden „ein“-schreiten „sollen“, was schließlich nach einem „ordnungsgemäßen“ Verfahren zu einem „rechtskräftigen“ Urteil führen „konnte“ und in einem „rechtmäßigen“ „Straf“-vollzug endigen „sollte“. Mit anderen Worten: Der *wirkliche* juristische Gedankengang besagte jedesmal eine Verabschiedung des von der Theorie konstruierten Rechtsbegriffs. Denn kein einziger juristischer Gedanke begnügte sich mit dem Momente soziologischer Geltung, mit der Vorstellung empirischer — und somit *bedingter*, relativer — *Herrschaft*. Sondern der Jurist fügte in seinem Denken, als charakteristisches Element, die Kategorie des *unbedingten* Sollens hinzu, die Vorstellung normativer *Verbindlichkeit*. Und so widerlegte die Praxis des juristischen Denkens tagtäglich die juristische Theorie. Die Lehre hatte den Rechtsbegriff mißverstanden. Wesen und Struktur der juristischen Gedanken waren ihr unbekannt geblieben.

Wir müssen diese Lehre daher auch heute noch mit dem klassischen Wort Kants, das an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt, charakterisieren: „Eine bloß empirische Rechtslehre . . . ist ein Kopf, der schön seyn mag, nur schade, daß er kein Gehirn hat“<sup>14</sup>.

3. Gegenüber dieser flachen Ansicht vom Recht, deren Verbreitung nur aus der materialistischen Grundstimmung der Zeit zu erklären ist, hat als erster Rudolf Stammler wiederum mit Erfolg betont, daß die Jurisprudenz ihr eigenes Verfahren allein von einer höheren Warte aus zu begründen und tiefer zu verstehen vermöge. Er lehrte — das ist sein unvergängliches Verdienst —, daß alles Recht grundsätzlich nach einer bleibenden *Idee* (Rechtsidee) zu beurteilen sei. Das dieser Idee entsprechende Recht aber nannte er das „*richtige Recht*“, im Gegensatz zu „*unrichtigem*“ oder „*ungerechtem Recht*“. Auch „*ungerechtes Recht*“

---

<sup>14</sup> Bei der Beurteilung des juristischen Empirismus darf nicht übersehen werden, daß von manchen Schriftstellern die „Normen“ als „soziale Tatsachen“ definiert werden. Diese „Normen“ dienen dann selbstverständlich dazu, um der normativen Rechtsauffassung zu Gunsten des Empirismus den Garaus zu machen. So in neuester Zeit noch *Sombó*, dessen *Juristische Grundlehre* (2. Aufl. Leipzig 1927) die Jurisprudenz regelrecht enthaupet, weil sie das spezifisch juristische Verfahren nur als eine Selbsttäuschung erklären kann. Konsequenter ging die ältere soziologische Richtung vor. Sie sprach der Jurisprudenz von der empiristischen Basis aus die Existenzberechtigung offen und ehrlich ab. So z. B. *Gumplowicz*, *Geschichte der Staatstheorien*, Innsbruck 1905. Durchaus empiristisch auch *Eleutheropoulos*, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Politik*, Innsbruck 1908. Das 1926 neugedruckte Werk von *Gumplowicz* ist als sozialkritische Betrachtung der Rechtsphilosophie noch heute unentbehrlich.

sei und bleibe Recht. Denn „Recht“ bedeutet nach Stammlers Lehre nichts anderes als eine bestimmte Weise des menschlichen *Wollens*. Und deshalb kann das „Recht“ — wie jedes menschliche Wollen — stets richtig oder falsch sein. Alles bestimmte Recht ist nichts anderes als „... ein *Mittel* für einen *bedingten* Zweck, der seinerseits wieder das Mittel für ein weiteres Ziel abgibt...“, usw.<sup>15</sup>

Prüft man dies näher, so begreift man, warum das Verhältnis zwischen Jurisprudenz und Rechtsphilosophie sich bei Stammler einfach und unproblematisch gestalten mußte. Stammlers Lehre scheidet die beiden Disziplinen eindeutig und klar. Sie teilt dem Juristen das „Recht“, dem Rechtsphilosophen das „richtige Recht“<sup>16</sup> zur Bearbeitung zu. Und gleichzeitig gibt sie doch beiden Gelegenheit, sich wechselseitig zu ergänzen, ohne auf unseren Konflikt zu stoßen: Der Rechtsphilosoph mag dem Juristen unbekümmert seine Vorschläge unterbreiten über ein demnächst zu erhoffendes „richtigeres Recht“. Er wird freundlich empfangen werden. Er stört die Kreise des Juristen nicht. Denn Aufgabe des Juristen ist es lediglich, ein bestimmtes soziales Wollen in seiner Eigenart *festzustellen* und in diejenige Begriffs-kategorie einzuordnen, in welche es — eben nach seinem Begriff — gehört. Sollte also dieses Wollen vom Rechtsphilosophen als ein unzweckmäßiges, ungerechtes, „unrichtiges“ Wollen erkannt sein, so berührt diese Erkenntnis die Einteilungsarbeit des Juristen ebensowenig, wie etwa die Mitteilung eines medizinischen Freundes über die Unbekömmlichkeit oder Giftigkeit bestimmter Pflanzen einen Botaniker veranlassen könnte, diese Pflanzen aus seinem Herbarium auszustoßen.

Unser Problem erscheint also im Lichte der Stammlerschen Lehre als gänzlich gegenstandslos. Es ist beseitigt. Und zwar beseitigt durch die einfache Feststellung, daß auch ein „unrichtiges“ Wollen nach wie vor ein Wollen ist.

Allein, man bemerkt ohne Mühe, daß diese Vereinfachung nur eine scheinbare ist. Sie ist dem Umstand zu verdanken, daß Stammler in der Definition des Rechts das *Sollen* durch das *Wollen* ersetzt hat<sup>17</sup>. Diese

<sup>15</sup> *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911, S. 438 (Hervorhebungen von mir).

<sup>16</sup> Und damit zugleich den Rechtsbegriff.

<sup>17</sup> Die Kategorie des Sollens wird von *Stammler* als Grundlage der Rechtslehre ausdrücklich abgelehnt, a. a. O., S. 539 f., 531. Sollen ist nach Stammlers Definition überhaupt nichts anderes als „richtiges *Wollen*“. Das Recht kann mithin, da es nach Stammler auch unrichtiges Wollen umfaßt, begrifflich kein Sollen implizieren.

einfache Umstellung hat die Situation mit einem Schlage vereinfacht. Denn da man alles „Wollen“ jederzeit in „richtiges“ und „unrichtiges“ einteilen kann, ohne seine Eigenart *als Wollen* im mindesten anzutasten, so war für Stammler mit jener Umstellung zugleich auch unser Problem gelöst: Der Begriff des „richtigen Rechts“ garantierte der Rechtsphilosophie ihr eigenes Arbeitsfeld, so wie auf der anderen Seite das Arbeitsfeld der Jurisprudenz durch den Begriff des „unrichtigen Rechts“ mit der Sicherheit einer Tautologie durchgreifend garantiert erschien.

Nur eines ist auszusetzen: Die ganze Konstruktion ist unhaltbar!

Die Aufgabe des Juristen, als eine juristische, besteht nämlich weder darin, das ihm vorliegende soziale Wollen in seiner Eigenart als bloßes *Wollen* darzustellen; noch darin, das eigene Urteil über die (stets mögliche) Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieses Wollens niederzulegen. Etwas anderes zeichnet vielmehr den Juristen *als Juristen* aus: Er stellt das ihm vorliegende Wollen als eine *normative* Beziehung dar. Er deutet es als einen Inbegriff *verbindlicher* Verhältnisse. Und das heißt eben: Er deutet und betrachtet einen sozialen Stoff nach dem grundlegenden Schema des *Rechts*.

Dieses Schema aber läßt logisch keinerlei Beurteilung nach „Richtigkeit“ oder „Unrichtigkeit“ zu. Denn sinnlos wäre es, von „richtiger Verbindlichkeit“ zu sprechen. Sinnlos, „richtige“ und „falsche Kompetenzen“, „richtige“ und „falsche Rechtskraft“ zu unterscheiden. Und sinnlos vor allem, „richtige“ und „falsche Rechte“, „richtige“ und „falsche Pflichten“ anzunehmen\*.

Weil es begrifflich weder richtiges noch falsches Sollen gibt, darum ist Stammlers Lehre vom richtigen Recht, als rechtstheoretische Grundkonzeption verstanden, unhaltbar. Diese Einsicht ist so einfach, daß man erstaunen muß, sie nicht schon längst durchgedrungen zu sehen.

Der Schein des Gegenteils ist der häufigen Mehrdeutigkeit von Stammlers Redewendungen zuzuschreiben. Und vor allem, dieser Schein beruht darauf, daß Stammler die *normativen Elemente* künstlich aus dem Rechtsbegriff *entfernt* hat. Er setzte an Stelle des Sollens das Wollen.

---

\* Die im Text bereits erwähnte Selbstverständlichkeit, daß die vom Juristen darzustellende und anzuwendende Regel inhaltlich auch unrichtig bestimmt sein kann, brauchte hier nicht wiederholt zu werden. Es kam auf die untrennbare begriffliche Zusammengehörigkeit von Rechtsnorm und Verbindlichkeit an.

Darum reiht sich denn aber auch Stammlers Lehre, die ihrem äußeren Pathos nach so rigoristisch erscheint, in die umfassende moderne Bewegung ein, welche unser Problem durch eine Auflösung des Rechtsbegriffs letzten Endes gewaltsam beseitigt. Die Rechtswissenschaft darf diese „Lösung“ unter keinen Umständen akzeptieren!<sup>18</sup>

4. Einen entscheidenden Schritt zur Lösung unserer Frage glaubt nun eine verbreitete rechtsphilosophische Richtung dadurch getan zu haben, daß sie das Recht als „*Kulturwirklichkeit*“ bezeichnet. Sie lehrt, daß Jurisprudenz und Rechtsphilosophie verstanden werden müßten als zwei verschiedene Betrachtungsweisen ein und desselben „Stoffgebiets“, nämlich des sogenannten „Rechtslebens“ oder der geschichtlichen „Rechtswirklichkeit“. Wobei es der Jurisprudenz insbesondere zukomme, diesen gemeinsamen „Gegenstand“ als solchen „herauszuarbeiten“, während die Rechtsphilosophie ihn in ihrer Weise nurmehr zu „beleuchten“ habe. Die Jurisprudenz stellt „... das Recht als historisch-kulturelle Wirklichkeit“ dar. Die Rechtsphilosophie hingegen „... fragt nach der Bedeutung, dem Sinn, dem Wert dieses Ganzen des Rechts im Ganzen der Kultur“<sup>19</sup>. Das heißt: „Die Rechtsphilosophie ist nach dieser Anschauung *Rechtswert-*, die empirische Wissenschaft *Rechtswirklichkeitsbetrachtung*, und beide können sich niemals im Wege stehen“, wie Lask, der bedeutendste Vertreter dieser Richtung es in klassischer Weise formuliert hat<sup>20</sup>. Damit ist der Gegensatz zwischen

---

<sup>18</sup> Daß die Definition des Rechts als ein „Wollen“ unhaltbar und insbesondere mit Stammlers Bekenntnis zu Kant unvereinbar ist, hat schon *Binder* (Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915, besonders aber Philosophie des Rechts) nachgewiesen. — In der Hauptsache zutreffend ist auch *Erich Kaufmanns* glänzende Kritik („Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Ein Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft“, Tübingen 1921); während die Polemik von *Kantorowicz* („Zur Lehre vom richtigen Recht“, Berlin 1909) im Wesentlichen als oberflächlich bezeichnet werden muß. Sie wurde mit Unrecht mehr beachtet als die tiefer eindringende Arbeit *Georg Fraenkels*, Die kritische Rechtsphilosophie bei *Fries* und bei *Stammler*, Göttingen, 1912 (Abhandlungen der Fries'schen Schule, Bd. 3, S. 843—934).

<sup>19</sup> *Münch*, Die wissenschaftliche Rechtsphilosophie der Gegenwart in Deutschland (Beiträge zur Philosophie des Deutschen Idealismus, Bd. I, Heft 3 u. 4, Erfurt 1919, S. 98.).

<sup>20</sup> *Lask*, Rechtsphilosophie, 1905, in der Festschrift für *Kuno Fischer*, Bd. II; neu in Bd. I, Gesammelte Schriften, Tübingen 1923, S. 280. — Es darf an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben, daß Lask das bleibende Verdienst zukommt, zwischen dem formalen „naturrechtlichen“ Problem der *Rechtsverbindlichkeit* und der materialen „naturrechtlichen“ Frage nach dem *Rechtssinhalt* zuerst in einwandfreier Präzision unterschieden zu haben.

Rechtsphilosophie und Jurisprudenz „überbrückt“<sup>21</sup>, die ersehnte „... Versöhnung der Spekulation mit der positiven Rechtswissenschaft...“ herbeigeführt<sup>22</sup>. Denn die Jurisprudenz ist nunmehr als „Wirklichkeitslehre“ gegen rechtsphilosophische Anfechtungen gefeit, während, auf der anderen Seite, die Rechtsphilosophie ihren „Sinn“ darin findet, den „Sinn“ der Jurisprudenz als einer „Kulturlehre“ zu „beleuchten“<sup>23</sup>.

An dieser Auffassung ist so manches richtig und so manches, was richtig ist, zugleich so selbstverständlich, daß man ihr unbedenklich mit ihrem Vertreter Max Ernst Mayer den „... gebührenden Rang einer rechtsphilosophischen Trivialität...“ zusprechen könnte<sup>24</sup>. Sie ist in der Tat trivial. Und wo sie nicht trivial ist, da ist sie meistens unrichtig oder unklar. Und vor allem ist einzuwenden, daß die grundsätzlichen Fragen der Rechtsphilosophie nicht dahin gehen, zu erforschen, was alles mit einem gewissen Anspruch auf Richtigkeit über das Recht ausgesagt werden dürfte, z. B. über die Rolle des Rechts in der *Geschichte*, über seinen „Zweck“ nach dieser oder jener Richtung hin oder endlich über seinen „kosmischen Sinn“<sup>25</sup>, wie dies bei dieser Auffassungsweise geschieht. Denn peinlich ist es, mitanzusehen, wie bei solcher Schau in weite Fernen die elementare Schwierigkeit unbeachtet bleibt, die in unmittelbarer Nähe, auf dem Boden des Rechts erwächst. Wir wollen nur kurz daran erinnern, daß es ein hoffnungsloses Unternehmen bleibt, den schwer faßbaren Begriff des Rechts durch den noch viel unfaßbareren der Kultur präzisieren zu wollen<sup>26</sup>. Wichtiger scheint

<sup>21</sup> *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 206.

<sup>22</sup> *Lask*, a. a. O., S. 287.

<sup>23</sup> Ein bleibendes Kulturdokument stellt *Berolzheimer's* Formulierung dieser Lehre dar. Rechtsphilosophie ist nach B's Definition die Lehre, welche den „gemeinsamen Stoff“ „... betrachtet mit den Augen des Philosophen“. *Berolzheimer*, Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. II, S. 1 ff.

<sup>24</sup> *Max Ernst Mayer*, Rechtsphilosophie, Berlin 1922, S. 31.

<sup>25</sup> *Münch*, Kultur und Recht, Leipzig 1918, S. 44.

<sup>26</sup> *Münch*, der sich mit dem Begriff der Kultur am eingehendsten von allen Rechtsphilosophen dieser Richtung befaßt hat, stellt zunächst ein halbes Dutzend der verschiedensten Formeln auf und definiert alsdann die Kultur „vorläufig abschließend“, wie folgt: Kultur ist „... die auf letzte Grundideen und deren harmonische gegenseitige Zuordnung in einem System absoluter Werte bezogene und demgemäß einheitlich in sich geschlossene Ordnung des gesamten überhaupt formbaren Erlebnismaterials in der Subjekts- wie Objektsphäre.“ („Kultur und Recht“, S. 13.) Setzen wir diesen Begriff ein in die Formeln, wo das Recht jeweils durch die Kultur definiert wird, so erhalten wir eine Vorstellung von der erreichten Klarheit in Bezug auf Jurisprudenz und Rechtsphilosophie.

schon der Umstand, daß die Doppeldeutigkeit des Wortes „Kultur“, das zwischen den Polen *Wirklichkeit* und *Wert* in allen Farben schillert<sup>27</sup>, geradezu eine Aufforderung zu den gefährlichsten Erschleichungen darstellt, eine bequeme Einladung insbesondere, um unverschens nach Hegelschem Vorbild aus dem Reiche der Werte in das Reich der Wirklichkeit hinüber- und wieder zurückzuleiten, wie dies Mayer und Binder denn auch ausgiebig befolgt haben. Alle diese Einwände bleiben indessen verhältnismäßig belanglos, peripherisch zu dem einfachen, zentralen Bedenken: Wie soll eine Lehre, welche das Recht grundsätzlich als ein *bedingtes* Element in einem übergeordneten Ganzen oder als *bedingtes* Mittel für höhere Zwecke definiert<sup>28</sup> — wie soll sie das Verfahren der Jurisprudenz verstehen, das darin besteht, das Recht als *unbedingt* verbindlich<sup>29</sup> darzustellen? Unmöglich ist es, mit Radbruch die Jurisprudenz „methodisch“ als eine „Normwissenschaft“ anzuerkennen — um gleichzeitig in der Rechtsphilosophie den „... Be-

<sup>27</sup> *Rickert*, Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 1910, definiert Kultur als die „... Gesamtheit der Objekte, an denen allgemein anerkannte Werte haften und die mit Rücksicht auf diese Werte gepflegt werden...“, S. 27. Nach *Mayer*, a. a. O., S. 33, ist Kultur „... Pflege eines gemeinsamen *Interesses* und der *dadurch* (!) geschaffene *wertbetonte Zustand*“, woraus auf S. 34 „wertvoll gewordene *Wirklichkeit* und darum auch *wirklich* gewordener Wert“ wird. Es fällt aber trotzdem „... unter den Begriff der Kultur viel *Unkultur*“ (S. 37), so daß „... die Pflicht, jedes Beutestück zur Verteilung abzuliefern, ... zur *Kultur der Räuberbande* ...“ gezählt wird (S. 38). „Ein herrliches Wort! Es ist reich an Gefühlswerten und in seinem Inhalt vollkommen deutlich“. (S. 34. — sic!) — Auch *Radbruch* verwendet zwei durchaus entgegengesetzte Kulturbegriffe (a. a. O., S. 38 und 89).

<sup>28</sup> So *Lask*, a. a. O., S. 281 f., 286; *Mayer*, a. a. O., S. 38, 56; *Radbruch*, a. a. O., S. 41. — *Münch* definiert die *Idee* des Rechts durch den *Zweck* der „... Erhaltung und Sicherung des ... Kulturbestandes“ („Kultur und Recht“, S. 34), verweist dann aber die Frage nach dem *Zweck* des Rechts in die Lehre vom *Begriff* des Rechts, obwohl der Rechtsbegriff durch seinen „*Eigen-sinn*“ charakterisiert sein soll. („Die wissenschaftliche Rechtsphilosophie“ ..., S. 100.) — Auch *Binder* ist geteilter Ansicht. Er bestimmt das Recht das eine Mal als Mittel zum Zweck, das andere Mal als Selbstzweck, das eine Mal als eine „empirische Wirklichkeit“, als eine „Einrichtung der Menschen“ (a. a. O., S. 118 f.), das andere Mal als eine „Besonderung“ des Sittengesetzes (S. 263 ff.), das eine Mal als „Phänomen“ (S. 415), das andere Mal als „*Sinn*“ von Phänomenen (S. 216 ff.).

<sup>29</sup> Daß die Unbedingtheit des rechtlichen Sollens mit der juristischen Lehre von den „Bedingungen“ eines Rechtsgeschäfts usw. nichts zu tun hat, braucht wohl kaum erwähnt zu werden. Die Unbedingtheit besagt eine Eigenart, eine Qualität, die *allem* rechtlichen Sollen zukommt. Sie bedeutet nichts anderes als den Umstand, daß dieses Sollen nicht „von außen her“, nicht durch „höhere“ Anforderungen eingeschränkt werden und mithin auch nicht durch sie begründet werden kann.

griff der Norm aus dem Rechtsgebiete . . .“ auszuweisen<sup>30</sup>. Und ebenso unmöglich, mit Münch dem Rechte etwas „. . . Eigengründiges, . . . schlechthin *um seiner selbst willen* . . . Gelten-sollendes . . .“<sup>31</sup> zuzuschreiben, nachdem man das Recht nach der gesamten Anlage der Lehre als ein untergeordnetes, bedingtes, um eines *anderen* Zweckes willen geltendes Moment definiert und begründet hat.

*Entweder, das Recht ist begrifflich als „Selbstzweck“, als unbedingt verbindliches Sollen zu betrachten. Oder es ist ein Mittel zum Zweck (bzw. ein bedingtes Element in einem übergeordneten Ganzen).* Im ersten Falle akzeptiert man die unvermeidbaren begrifflichen Schemata der Jurisprudenz — das unbedingte Sollen — als gedankliche Grundlage der *gesamten* Rechtslehre und nimmt dann selbstverständlich unsere Problematik in Kauf. Im zweiten Falle löst man die normativen Grundbegriffe auf; man vermeidet dann allerdings die Problematik, muß aber darauf verzichten, das juristische Denken mit seinen Normbegriffen begründen zu wollen und immer noch von der „Unbedingtheit des Rechts“ zu sprechen. Ein Drittes gibt es nicht. Man müßte sich denn dazu verstehen, nach der Art von Binder, sich einen Januskopf anzulegen mit Vorderseite Hegel, Hinterseite Kant und empiristischer Seitenansicht, um ihn je nach Bedürfnis wenden zu können<sup>32</sup>.

5. Der Kreis hat sich geschlossen. Wir sind, indem wir der zweiten, auf eine Auflösung des Rechtsbegriffs gerichteten Tendenz folgten, zum Schlusse wiederum, mit dem Namen Hegel, auf die erste Tendenz gestoßen, die unser Problem vermittelt einer Idealisierung der Wirklichkeit „lösen“ will. Die eine „Lösung“ ist so unmöglich wie die andere. Und darum ist jede der beiden Richtungen dazu verurteilt, in unaufhörlichem Kreislauf von der anderen abgelöst zu werden. Denn keine

<sup>30</sup> *Radbruch*, a. a. O., S. 186, S. 162.

<sup>31</sup> *Münch*, Kultur und Recht, S. 44.

<sup>32</sup> Zur Kritik dieser kulturphilosophischen Richtung vergl. man *Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft (*Schmollers* Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, Bd. XL, 3/4, 1916). Ferner *Erich Kaufmann*, a. a. O. — Kaufmann bezeichnet die erörterte Richtung zutreffend als „Vorbau einer positivistischen Rechtslehre“ (S. 48), als „Lieblingskind der empiristischen Rechtsdogmatik“ (S. 49). — Unser Haupteinwand richtet sich freilich auch gegen die älteren Theorien von *Stahl* (*Die Philosophie des Rechts*, 1830—1837), *Ahrens* (*Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, 1846) und *Trendelenburg* (*Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860). Man würde diesen älteren Denkern indessen Unrecht tun, wollte man sie mit der modernen Richtung vergleichen. Ihre Lehren sind unvergleichlich tiefer fundiert und halten sich frei von der Spekulation auf die Gunst der Jurisprudenz.

löst das Problem und keine kann es lösen. Vielmehr erschöpft sie sich in ihrem inneren Widerspruch und räumt das Feld dem anderen Teil, um den verlorenen Posten über kurz oder lang wieder einzunehmen.

Wir selbst stehen indessen einstweilen noch dort, wo wir im Anfang standen. Auf dem Boden einer radikalen Problematik. Inmitten einer Situation, die fast verzweifelt scheint.

Versuchen wir, diese Situation noch klarer zu beleuchten. Vielleicht zeigt sich alsdann ein Weg, der weiter führt.

### III.

1. Die wesentliche Schwierigkeit im Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Jurisprudenz entspringt, so sahen wir, dem Umstand, daß die Jurisprudenz ihren *empirisch* vorgefundenen Stoff in der Weise eines *unbedingten* Sollens darstellen muß: Ihr ganzes Denken gründet sich auf die Kategorie der *Pflicht*. Sie spricht von „Rechten“ — und sie gelangt, sobald sie nur ein einziges Recht erklären will, nach dem Zwange der Logik auf die Vorstellung korrespondierender Pflichten. Sie spricht von einer „Bindung“ der Behörden an das Gesetz und kann diese Bindung wiederum nur vermitteltst der Kategorie der *Pflicht* deuten. Sie spricht von einer „Schuld“ des Verbrechers und muß dabei voraussetzen, daß der Täter im Augenblicke der Tat unter der Anforderung eines unbedingten Sollens stand. Wo die Rechtsnormen „... ein Sollen aussprechen, sagen sie schlechthin: Du sollst! Dies ist der Bereich, in dem deine freie Selbstbestimmung auf unübersteigliche Schranken stößt...“ (Gierke)<sup>33</sup>. Mag sein, daß mancher Jurist im Grunde seines Herzens an dieser „Unbedingtheit des Rechts“ zweifelt, daß ihn die kategorische Verbindlichkeit zu Bedenken veranlaßt, daß sie ihn in Gewissenskonflikte bringt. Sehr oft wird er alsdann dem Übelstand durch irgend einen Kompromiß zu steuern suchen. Er wird den Zwang des Rechts in seinen Gedanken und später vielleicht auch in seiner Praxis auflösen wollen. Allein, bald muß er sehen, daß dieser Weg nicht gangbar ist, daß ihm nach dieser Richtung keine Rettung winkt. Denn wo er, als Jurist, auch stehen mag, so wird er über Menschen-schicksal zu entscheiden haben — auch *gegen* das Interesse der Beteiligten. Und wenn ihm hier nicht das Bewußtsein eines unbedingten

<sup>33</sup> *Otto v. Gierke, Recht und Sittlichkeit* (Logos, Bd. VI, 1917, S. 228).

*Sollens*, die Heiligkeit der *Norm* zur Seite steht, dann kann er seine eigene Tätigkeit nur als die Äußerung nackter *Gewalt* begreifen. Er muß am Sinn und „Recht“ des eigenen Berufs verzweifeln. Sein Zweifel ist der Zweifel am Beruf. Er gleicht dem Arzt, der an die eigene Kunst nicht glaubt, dem Seelsorger, der auf kein Heil der Seele hofft. Und er teilt mit ihnen das Schicksal aller grundsätzlichen Zweifler. In seiner Lebenstätigkeit trägt er nach außen hin den *Schein* des Glaubens zur Schau, den er in seinem Innern preisgegeben hat. Die Unwahrhaftigkeit ist sein Gefährte!

2. Es liegt mir fern, mit diesem Hinweis das Problem als gelöst zu betrachten. Im Gegenteil: Die Schwierigkeit setzt hier erst ein. Denn gerade im Lichte des *Normbewußtseins* erscheint das Vorgehen der Jurisprudenz, ihr charakteristisches Verfahren, erst recht als eine Anmaßung: Die juristische Dogmatik sammelt ihr Material im Hinblick auf die soziale *Macht* und schiebt alsdann das Ganze unvermittelt unter die Kategorie der *Verbindlichkeit*. Sie cruiert das „geltende“ System nach dem Kriterium tatsächlicher *Herrschaft* — und stellt es dar als „gültige“ Ordnung. Kurz: der Niederschlag des Ringens um die Macht, das Ergebnis des gesellschaftlichen *Interessenkampfes*, in dem die Richtung und das Ende der Bewegung durch die Interessen selbst befohlen und erzwungen sind — dieses Ergebnis muß von der Jurisprudenz als *Recht* akzeptiert und dargestellt werden.

Eine peinliche Zumutung!

3. Wer hier, an dieser entscheidenden Stelle, den Weg reiner *Erkenntnis* wählen will, der wird sich ohne Zweifel vom Juristen trennen müssen. Denn nach einem *andern* Plan, nach *anderer* Richtung hin wird ein jeder von ihnen fortan marschieren. Ein *verschiedenes* Gesetz bestimmt ihren Gang. Die Bahn der Jurisprudenz ist vorgezeichnet durch das „Gesetz der Macht“. Was in *ihrer* Darstellung als Norm erscheint und erscheinen wird, darüber entscheidet letzten Endes *einzig und allein* die Evolution der gesellschaftlichen Machtbildung. Und eben dieser empirischen Instanz kann die reine Erkenntnis *niemals* die Entscheidung über das Sollen anvertrauen. Denn, wie immer ein Sollen beschaffen sein mag, so steht für die Erkenntnis doch das eine fest, daß dieses Sollen keinesfalls nach Maßgabe des „*jeweils Herrschenden*“ bemessen werden kann. Für alles Sollen muß vielmehr die *Möglichkeit* bestehen, daß die Tatsachen ihm *widersprechen*, die *Möglichkeit*, daß das Sollen sich *nicht* durchsetzt (so wie alles Sollen umgekehrt auch die

Möglichkeit voraussetzt, daß das Sein ihm entspreche). Das ist der logische Sinn des Sollens: Es ist die notwendige Voraussetzung einer jeden „Anforderung“, daß sie stets etwas zu „fordern“ hat. Und deshalb kann vor dem Forum der Erkenntnis das „jeweils Herrschende“ unmöglich als Kriterium irgend eines Sollens anerkannt werden. Denn gerade dem jeweils Herrschenden fehlt als solchem die Möglichkeit, *nicht* zu herrschen. Es fehlt ihm mithin die Möglichkeit, als Maßstab des Sollens gelten zu können.

Macht man Ernst mit dieser Einsicht, die sich als notwendige Konsequenz aus dem Begriffe des Sollens ergibt, so folgt, daß für die reine Erkenntnis das rechtliche Urteil nach *keinem Kriterium der Welt des Seins* entschieden werden kann. Wer *wissen* will, was seine Pflichten sind, wer hierüber ein Urteil fällen will, das *durchgreift*, der kann sich hierbei keiner äußeren Instanz anvertrauen. Er kann seinen Rat letzten Endes überhaupt keinem tatsächlichen Geschehen, keinen geschichtlichen Ereignissen entnehmen. Er muß ihn vielmehr „aus (zeitlosen) Gründen“ schöpfen, wie Walther Burckhardt sehr schön sagt<sup>34</sup>. Die Richtlinie, nach welcher sich das Urteil über das Sollen bestimmt, liegt somit im menschlichen Geiste selbst eingeschlossen. Wir nennen diese Richtlinie nach alter Überlieferung die *Gerechtigkeit*. Sie besagt ein bestimmtes Kriterium, wonach die Pflichten des sozialen Lebens bemessen werden können. Und wie schwer es immer sein mag, dieses Kriterium *wissenschaftlich* präzise zu formulieren — was wir im Rahmen dieser Arbeit nicht versuchen —, wie mannigfach und wandelbar auch die *Anwendungsformen* der Gerechtigkeit in der Tatsachenwelt sich gestalten mögen, so folgt doch schon aus dem Begriff der *Pflicht* mit logischer Notwendigkeit, daß dieses Kriterium des Sollens objektiv *erkennbar* und über jede *Willkür* erhaben ist. Denn sinnlos wäre die Behauptung eines unbedingten Sollens, das dem Verpflichteten nicht erkennbar wäre, oder das abschließend nach Belieben und bloßer Laune bestimmt werden könnte.

Man sieht nunmehr, wohin der Weg uns führt: Das unbedingte Sollen des Rechts kann nur nach einem *unbedingten* Kriterium bestimmt werden. Das hat auch die Jurisprudenz mit unfehlbarem Instinkt seit

---

<sup>34</sup> Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 202. — Dieses Buch, das die wesentlichen Probleme des Rechts mit seltener Klarheit darstellt, behandelt die Schwierigkeiten des Verbindlichkeitsproblems mit einem in der juristischen Literatur bisher unerreichten Verständnis.

alters gefühlt. Sie hat darum eine empirische Macht mit unbedingter Rechtswürde, mit *Souveränität* ausgezeichnet. Allein, dieser Lösungsversuch, der für das *juristische* Verfahren seine guten Gründe haben mag, ist vor dem Forum der *Erkenntnis*, wie wir schon sahen, aussichtslos. Denn *unbedingt* gilt hier allein der reine Maßstab der Gerechtigkeit. Nur *sie* ist für das Recht der *Souverän!* Und somit folgt, daß sich im Lichte der Erkenntnis alles Recht nach der Gerechtigkeit bemißt. So weitgehend und so mannigfach auch immer empirische Instanzen bei der Bestimmung alles rechtlichen Sollens *mitbeteiligt* sein mögen, es bleibt doch der Satz bestehen, daß letzten Endes *nur* Gerechtigkeit darüber entscheidet, was unter den Rechtsbegriff noch subsumiert werden kann: *Gerechtigkeit ist das Kriterium des Rechts*. Das ist die Antwort, welche die *Rechtsphilosophie* auf die Frage nach dem Rechtsinhalt erteilt. Die Antwort ist von Jakob Friedrich Fries in absoluter Eindeutigkeit gegeben<sup>35</sup>, von Leonard Nelson begründet worden<sup>36</sup>. Sie folgt, um es zu wiederholen, mit logischer Konsequenz aus der Anerkennung eines rechtlichen Sollens überhaupt<sup>37</sup>. Nur, was dem unbedingten Kriterium der Gerechtigkeit entspricht, nur das kann ohne Rücksichten auf Zweckmäßigkeit und ohne Einschränkung verbindlich sein, nur das kann

<sup>35</sup> *Fries*, Philosophische Rechtslehre, Jena 1803. — Auch *Cathrein*, Recht, Naturrecht und positives Recht, Freiburg i. B. 1909, betrachtet die Gerechtigkeit als Kriterium des Rechts. Ähnlich v. *Hertling*, Recht, Staat und Gesellschaft, Kempten und München, 6. Aufl., 1918. — Sehr entschieden wird das philosophische Rechtskriterium anerkannt von *Franz Oppenheimer*, Der Staat, Jena 1926, sowie von *Goldscheid*, Naturrecht (Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages, Tübingen 1927, S. 144 ff.). — Einige Ansätze nach dieser Richtung hin enthielt die Arbeit von *J. Stern*, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Berlin 1904. — Aus der neuesten Zeit sind als erfreuliche Zeichen einer tieferen Besinnung in diesem Zusammenhange vor allem zu nennen die rechtsphilosophischen Entwürfe von *Renard*, Le droit, la justice et la volonté, Paris 1924; *Emge*, Vorschule der Rechtsphilosophie, Berlin-Grunewald, 1925, und *Schönfeld*, Die logische Struktur der Rechtsordnung, Leipzig/Berlin 1927. Man vergl. auch *Verdroß*, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien 1926, S. 3.

<sup>36</sup> *Leonard Nelson*, Kritik der praktischen Vernunft, Leipzig 1917; ferner auch: System der philosophischen Rechtslehre und Politik, Leipzig 1924. Man vergl. dazu *A. Gysin*, Die Lehre vom Naturrecht bei Leonard Nelson und das Naturrecht der Aufklärung, Berlin-Grunewald 1924.

<sup>37</sup> Ich *bezeichne* also — entsprechend dem herrschenden Sprachgebrauche — mit „*Gerechtigkeit*“ einen obersten, dem menschlichen Geiste innewohnenden Beurteilungsmaßstab des Rechts und aller Rechtsverbindlichkeit, *sofern* dieser Maßstab „über“ jeder empirischen Instanz und „über“ allem historischen Geschehen, „über“ aller Willkür und allem Irrtum steht. Dieser Gedanke eines bleibenden, „*unabhängigen*“ Maßstabs ist das, was wir mit dem *Begriffe* der Gerechtigkeit denken. Und das

Schuld begründen, nur das kann von der Erkenntnis als rechtliches Sollen anerkannt werden.

Wer eine andere Antwort will, mag sich an die Parteien im Kampfe der Interessen wenden.

4. Soll die Jurisprudenz an dieser zwingenden Erkenntnis ihren Willen brechen? Soll sie das Feld ihres bisherigen Wirkens als ein verlorenes Gebiet verlassen, um zur angewandten Rechtsphilosophie, zur *angewandten Gerechtigkeitslehre* überzugehen? Soll sie die berühmte Auskunft Kirchmanns, die ihr in jeder Hinsicht die eigene „Wertlosigkeit“ bescheinigt<sup>38</sup> hat, akzeptieren, und fortan Kirchmanns Rat befolgen, der sie auf die Fülle des sozialen Lebens, auf die mannigfachen und wandelbaren Formen des „*natürlichen Rechts*“ hinweist? Soll sie, mit anderen Worten, der Losung des extremen *Freirechts* Gehör schenken und ihre Fessel, das positive Gesetz, von sich werfen? Oder soll sie sich wenigstens zu einer negativen Katharsis bekehren, um allen unge rechten Stoff aus ihrer Lehre auszustoßen?

Auf diese Fragen, die um Sein und Nichtsein der Jurisprudenz gehen, darf man keinesfalls mit einem Kompromisse antworten. Keine Mittellinie gibt es hier, die für die Weisheit stümperhafter Zweckmäßigkeit

---

methodisch Wesentliche für unsere Untersuchung liegt nun darin, daß dieser *Begriff* der Gerechtigkeit im Wege der formalen Konsequenz abgeleitet werden kann, wenn nur das Gegebensein eines rechtlichen Sollens anerkannt wird. Wer an der Möglichkeit dieser rein logischen Deduktion zweifelt, verwechselt offenbar den Begriff der Gerechtigkeit mit dem *Inhalt* der Gerechtigkeit. Dieser Inhalt kann freilich nicht mehr mit rein logischen Mitteln bestimmt werden.

Wir formulieren diese von *Fries* und *Nelson* nicht beachtete Unterscheidung am einfachsten so: *Daß* die Gerechtigkeit das philosophische Kriterium des Rechts darstellt, dies ist eine mit rein *logischen* Mitteln feststellbare Erkenntnis. *Was* dagegen die Gerechtigkeit für die Bestimmung des Rechts fordert, das kann nur nach einem *synthetischen* Prinzip erkannt werden, dessen *Anwendung* überdies eine umfassende Kenntnis der empirischen Interessen voraussetzt. Damit lehnen wir sowohl das rationalistische Naturrecht als auch die logizistische Methode *Stammlers* ab. Das rationalistische Naturrecht schaltet die Rücksicht auf die empirischen Interessen aus, während *Stammler* die Einsicht in das Gerechte aus der bloßen Reflexion schöpfen, d. h. nach dem leeren Kriterium der Einheit und Widerspruchslosigkeit bestimmen will.

<sup>38</sup> *Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848. — Ausgehend von der Erkenntnis, daß die Gerechtigkeit das Kriterium des Rechts ist, hatte schon *Proudhon* die Jurisprudenz als eine „*prétendue science*“ bezeichnet („*Qu'est-ce que la propriété? Recherches sur le principe du droit et du gouvernement*“. Premier mémoire, 1840). — Eine ähnlich ablehnende Konsequenz zieht von derselben Grundlage aus gegenwärtig auch *Julius Kraft* (Arch. für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 1926).

keit einen Weg weisen kann, der zwischen den Entscheidungen hindurchführt. Nur eine einzige, eindeutige Antwort ist möglich: *Die Jurisprudenz kann es nicht*. Sie kann jene Ratschläge nicht befolgen, ohne sich selbst preiszugeben. Sie kann die Gerechtigkeit nicht als das maßgebliche *Kriterium* des Rechts bei sich selbst einführen, ohne aufzuhören, das zu sein, was sie nach ihrem eigenen Lebensgesetze, nach ihrer immanenten Idee ist: eine *positive Rechtslehre*, welche das jeweils geltende System als ein *Ganzes* bearbeitet.

Daher ist es sinnlos, der Jurisprudenz eine Änderung ihres grundlegenden Verfahrens anraten zu wollen. Zwecklos, sie zur Lösung ihrer charakteristischen *Bindung* aufzumuntern. Denn, wer es unternehmen möchte, ihr die Bande abzunehmen, um sie in den freien, unsichtbar umzäunten Garten der Gerechtigkeit einzuführen, der müßte bald bemerken, daß er den Bock zum Gärtner gemacht hat. Schon einmal, in den Zeiten des Naturrechts, hat die Rechtsphilosophie es versucht, die Jurisprudenz (im Wege des *Vertrages*) auf ihr Gebiet hinüberzulotsen. Unter dem freundlichen Dache der *Vertragstheorie* sollten die beiden jetzt in Frieden und in Freundschaft gemeinsam hausen. Die Gastfreundschaft ist beiden schlecht genug bekommen! Denn, als der fremde Vogel flügge war, hat er im gastfreundlichen Neste des Naturrechts grausam aufgeräumt. Was hiernach übrig blieb, war eine unbeseelte Wüste. Nicht einmal zur Erinnerung an das Vorgefallene reichte der Geist den beiden fortan aus.

Wenn aber die Rechtsphilosophie ihren eigenen Sinn restlos begreifen und zugleich einsehen wird, daß die Jurisprudenz den fremden Standpunkt nie und nimmer teilen kann, dann wird sie ihren alten Traum, der eine Lebensgemeinschaft mit der Jurisprudenz ersehnt, eines Tages gründlich austräumen. Sie wird ein für allemal auf ihre Bekehrungsversuche verzichten. Sie selbst hatte doch als Kriterium des Rechts die Gerechtigkeit erkannt und unterließ es nicht, ihrem unverständenen und unverständlichen Gefährten diese Erkenntnis begeistert mitzuteilen. Er hat sich aus dieser Botschaft wenig gemacht. Er ist der alte geblieben und hat seine Arbeit fortgesetzt, als ob nichts geschehen wäre. Und die Rechtsphilosophie muß einsehen, daß es nicht anders sein und kommen *konnte*. Sie stellt ihre Propaganda ein. Nur in ihrem eigenen Innern legt sie sich die kritische Frage vor: *Muß die Jurisprudenz eines Tages verschwinden? Ist sie vor dem Richterstuhl der*

*Erkenntnis ein verlorener Posten? Ist sie dazu verurteilt, im Fortschreiten des objektiven Denkens schließlich als Normlehre beseitigt zu werden?*

Das ist die zentrale Frage. Die Frage, welche die Rechtsphilosophie der Jurisprudenz gegenüber vor allen andern Fragen zu beantworten hat. Denn erst, wenn diese Frage klar und offen beantwortet und die Antwort sachlich und präzise begründet ist, erst dann wird es möglich sein, das Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Jurisprudenz nach seinem *bleibenden Sinn* zu verstehen. Gleichviel, ob der Jurisprudenz in letzter Instanz ein fester, unentziehbarer Rang zugesprochen wird, oder ob sie ihren Platz verliert.

5. Um diese Frage zu beantworten, müssen wir den Blick noch einmal auf das Wesen der Jurisprudenz zurückwenden. In ihrer *Positivität* liegt, so sahen wir, das Kennzeichen ihrer Eigenart. Die Positivität ist das charakteristische Prinzip, das sie bei der Auswahl ihres Stoffes leitet. Denn als obersten Maßstab für die inhaltliche Wahl des darzustellenden Systems anerkennt sie die *soziologische Herrschaft*, die *empirische Geltung*. Nicht die schwierige, abstrakte Frage nach der Gerechtigkeit ist ihr unmittelbarer Wegweiser. Nicht „zeitlose Gründe“, nicht Wertkriterien bestimmen ihre Wahl. Der Prozeß, in dem sie ihren Inhalt findet, ist ein sehr viel einfacherer, anschaulicherer: Sie läßt sich leiten vom Hinblick auf die soziale Macht. Und diese Macht mag in ihrem Aufbau noch so kompliziert erscheinen, sie mag in ihrer inneren Zusammensetzung noch so heterogen verwoben, in ihrem Bestande noch so eng verbunden sein mit der Wirksamkeit des Gerechtigkeitsgefühls, so bereitet die Frage nach dem herrschenden System doch keine grundsätzliche Schwierigkeit. Und vor allem: Die Beantwortung dieser Frage ist die Voraussetzung jeder Jurisprudenz. Stets nimmt die Jurisprudenz in ihre Lehre zwar einzelne Regeln auf, von denen ungewiß ist, ob sie zum herrschenden System gehören. Allein, diese Bestandteile liegen an der Peripherie des Ganzen. Sie sind Grenz- oder bestenfalls Verbindungselemente im juristischen System. Keinesfalls aber bilden sie seinen überwiegenden Bestand.

Deshalb bezieht sich die Frage der Jurisprudenz nicht auf ein spitzfindiges Forschen nach der faktischen Durchsetzbarkeit einer *jeden einzelnen* Regel, wie man es sehr oft mißverstanden hat. Sondern ihre Frage geht auf die relativ einfache Feststellung des *jeweils herrschen-*

den Systems. Die Jurisprudenz richtet sich nach derjenigen „. . . Macht, die größer ist als jede andere Macht im Lande“<sup>39</sup>.

Und hieraus hat man nun den fatalen Schluß gezogen, daß das Recht, seinem Begriff nach, nichts anderes bedeute, als eine empirisch herrschende Regel. Dieser Fehlschluß konnte aber nur deshalb erfolgen, weil man nicht unterschieden hatte zwischen dem *Kriterium*\* und dem *Begriff* des Rechts: Die *Auswahl* des Stoffes geht in der Jurisprudenz vor sich nach dem *Kriterium der empirischen Geltung*. Die *juristische Darstellung* aber muß diesen Stoff erst noch unter den *Begriff des Rechts* subsumieren. Das heißt, die *empirisch* vorfindbaren Regeln werden in jeder juristischen Betrachtung der *normativen* Kategorie des Sollens unterworfen. Und hierdurch erst entsteht aus einem Inbegriff *soziologischer* Feststellungen ein *juristisches System*.

Zu diesem Zweck werden zunächst die *empirischen Gewalten* der menschlichen Gesellschaft nach der normativen Kategorie der *Kompetenz* oder *Rechtsgewalt* gedeutet. Und aus dieser Bezeichnung und Deutung einer Rechtsgewalt konstruiert die Jurisprudenz in logischer Konsequenz nunmehr ein System der sogenannten „*Rechtserzeugung*“. Erst dieses Rechtserzeugungssystem gestattet ihr, den sozialen Stoff formal und annähernd widerspruchsfrei in eine umfassende normative Darstellung überzuleiten. Und so erscheint ihr, wie Baumgarten es trefflich formuliert — wenn auch anders begründet — hat, das darzustellende Ganze als „eine *gültige Ordnung* . . ., die auf einer *geltenden* basiert“<sup>40</sup>.

6. Wir sind an derjenigen Stelle unserer Untersuchung angelangt, wo wir den entscheidenden Schluß ziehen können, der zur Bestimmung der logischen Grundlage der Jurisprudenz führt. Wir haben festgestellt, daß die Jurisprudenz als *positive Rechtslehre* sich methodisch aus zwei heterogenen Elementen zusammensetzt, die wir als Begriff und Kriterium von einander unterscheiden. Der Grundbegriff der Jurisprudenz, ihre spezifische *Kategorie* ist der Begriff des (unbeding-

<sup>39</sup> W. Burckhardt, a. a. O., S. 174 f.

\* Kriterien im hier gemeinten Wortsinn sind Richtlinien der Wahrheitsfindung, anhand derer u. a. entschieden werden kann, was unter einen Begriff fällt. Der Terminus wird z. B. verwendet von Kant, K. d. r. V., Transzendente Elementarlehre, II, Einl., Ziff. III; Fries, System der Logik, 3. Aufl., S. 139 ff.; Nelson, K. d. p. V., S. 104 ff., 171 ff., 175 ff.

<sup>40</sup> Arthur Baumgarten, Rheinische Zeitschr. für Zivil- und Prozessrecht, Bd. XIII, S. 257.

ten) *Sollens*. Was aber unter diesen Begriff fällt, das kann — wie überall bei Wertbegriffen, so auch hier — nicht auf Grund des Begriffes *allein* entschieden werden, sondern nur vermitteltst eines Kriteriums. Als solches *Kriterium* anerkennt die Jurisprudenz nun die *Positivität* oder *empirische Herrschaft*. Nach der Geltung oder Macht entscheidet sich zuletzt, *was* sie unter den Rechtsbegriff subsumiert, *was* in ihrer Disziplin als ein Sollen erscheint.

Man beachte: Diese Erklärung will der Jurisprudenz keinen *Vorschlag* machen, wie sie künftig sein sollte oder sein dürfte. Sie erhebt keine *Forderung*, die auf eine grundlegende *Änderung* des Wesens der Jurisprudenz abzielt. Unsere Feststellung geht vielmehr dahin, zu sehen, was die Jurisprudenz ihrem Wesen nach *ist*, wie sie sein *muß*, und wie sie stets sein *wird*, sofern sie sich als positive Rechtslehre selbst begreift.

Umsomehr drängt sich daher die Frage auf: Wie kommt die Jurisprudenz, welche zweifellos existiert — wie kommt sie zu ihrem eigenartigen Rechtskriterium? Sie *besitzt* dieses Rechtskriterium und wendet es notwendig an, kein anderes. Und so muß die Wissenschaft an dieser Stelle sich vor allem fragen: Ist die Jurisprudenz im Wege *freier Forschung* in den Besitz ihres charakteristischen Kriteriums gelangt? Beruht das Kriterium der Positivität auf Erkenntnis? Oder beruht es auf einer anderen Basis?

Die Antwort auf diese Frage läßt sich in absoluter Eindeutigkeit geben. Sie stellt sich sozusagen von selbst ein nach dem Zwange der Logik. Denn sie folgt unmittelbar aus dem begrifflichen Verhältnis von Sein und Sollen:

Alle Anforderungen irgend eines Sollens stehen, so fanden wir, einer Wirklichkeit gegenüber, welche in ihrem Inhalt nur *zufällig*, niemals aber notwendig mit der Sollensanforderung übereinstimmt. Und hieraus ergibt sich die unabweisliche Konsequenz, daß es in keiner empirischen Wirklichkeit — wie immer sie auch beschaffen sein möge — eine denkbare Instanz geben kann, deren Bestimmungen *notwendig* ein Sollen implizieren. Gerade *dies* aber postuliert die Jurisprudenz mit ihrem Kriterium der empirischen Geltung oder Positivität. Und deshalb kann sie ihr charakteristisches Rechtskriterium nicht im Wege der Forschung finden. Sie muß es vielmehr in der Form einer *Forderung aufstellen*. Mit anderen Worten: *Das Rechtskriterium der Jurisprudenz hat die Form einer willkürlichen (d. h. durch Willensakt gesetzten) Hypothese.*

Wir können diese Hypothese jetzt bestimmen. *Sie ist das Dogma der durchgreifenden Verbindlichkeit der nach dem Positivitätskriterium ermittelten Regeln.* Diese Hypothese ist die logische Grundlage jeder entwickelten Jurisprudenz. *Sie folgt, um es noch einmal zu präzisieren, unmittelbar aus dem prinzipiellen Verhältnis von Sein und Sollen einerseits und aus dem Begriffe der Jurisprudenz als einer positiven Normlehre andererseits.*

Man kann diesen Sachverhalt ignorieren. Man kann die Situation aber nicht aus der Welt schaffen. Versucht man es gleichwohl, so besagt dies eine *Auflösung der Jurisprudenz*. Und eine solche ist freilich möglich. Sie kann erfolgen entweder durch eine Zerstörung des juristischen Rechtskriteriums oder durch eine Zerstörung des Rechtsbegriffs: Im ersten Falle zersetzt man das *positive* Element; im zweiten Falle zersetzt man das *normative* Element der Jurisprudenz.

Auf dem ersten Wege, der über die *Zersetzung der Positivität* führt, gelangt man zu einer *naturrechtlichen Pseudojurisprudenz*. Sie charakterisiert sich dadurch, daß in ihr die Auswahl des Stoffes bestimmt ist durch *vernünftige Reflexion*. Das heißt eben, diese „Jurisprudenz“ hebt das Kriterium der empirischen Geltung auf und ersetzt es durch das *Erkenntniskriterium* des Rechtes, durch die Gerechtigkeit. Praktisch wird eine solche Jurisprudenz namentlich in denjenigen Phasen der gesellschaftlichen Entwicklung zur Ausbildung kommen, wo die Frage nach dem herrschenden System des sozialen Lebens nicht mit hinreichender Eindeutigkeit beantwortet werden kann. So in den Perioden *revolutionärer Erschütterung* und *Umbildung der herrschenden Gewalten*. Ferner in *Zeiten feudaler oder klassenmäßiger Zerrissenheit des Staates*. Und schließlich, vor allem, im *Staatenverkehr*, solange dieser einer Herrschaftsorganisation entbehrt.

Das ist der eine Weg, auf welchem die Hypothese der Jurisprudenz „umgangen“ wird und „umgangen“ werden kann. Der andere Weg führt über die *Zersetzung des Rechtsbegriffs*. Er kann zwei, innerlich verwandte, Richtungen einschlagen, je nach dem seelischen Grunde, auf dessen Wirksamkeit die Normzersetzung beruht. Beruht die Zersetzung auf einer materialistischen Grundstimmung der jeweiligen Gedankenträger, so führt die Auflösung zu einer *soziologischen Interessenjurisprudenz*, zu einer „Ersetzung“ des Rechts durch Zweckmäßigkeit. Liegt die Ursache dagegen — was ebenso häufig vorkommt — in der Einwirkung einer saturierten, selbtherrlichen Staatsgewalt, so

nimmt die Normzersetzung die Formen der sogenannten *Willens- oder Machttheorien* an. Sie identifizieren das Recht begrifflich mit dem Willens- oder Machtausfluß der herrschenden Gewalten. Und deshalb ist es kein Zufall, daß diese Theorien in unserer Zeit, Hand in Hand mit der historischen Zertrümmerung des zentral- und osteuropäischen Staatsabsolutismus, unter dem Ansturm der Kritik zusammengebrochen sind. Sie erheben ihr Medusenhaupt nurmehr zögernd, sozusagen versteckt durch ein eigenartiges Schleiersystem. Umso offener dürften in der kommenden Zeit die Formen materialistischer Interessenjurisprudenz hervortreten<sup>41</sup>.

#### IV.

1. Auf dem Wege, welcher zur Erkenntnis der *logischen Struktur der Jurisprudenz führt*, hat im vergangenen Jahrzehnt Hans Kelsen einen bedeutsamen, historisch entscheidenden Schritt getan. Er hat, so kann man seine Leistung charakterisieren, mit genialem Scharfsinn der Gedanken eine *normative Bereinigung* der juristischen Doktrin herbeigeführt. Vermittelt einer seltenen Sicherheit und Sachbeherrschung gelang es ihm, das Prinzip normativer Methodenreinheit für die Jurisprudenz mit weitgehender Exaktheit zu begründen. Zugleich aber mit dieser normativen Bereinigung versuchte Kelsen am Prinzip der „*Positivität*“ festzuhalten. Und so mußte er — nach der soeben aufgezeigten Konsequenz — in scharfer Fortführung des Gedankens zu der Erkenntnis gelangen, daß die Jurisprudenz nur auf der Grundlage einer *formalen Hypothese* aufgebaut und verstanden werden kann. Er nannte diese Hypothese die „*juristische Ursprungsnorm*“. Sie ist in ihrem *Inhalte* nichts anderes als das *Dogma der durchgreifenden Verbindlichkeit*, das wir als logische Konsequenz des positivrechtlichen Charakters der Jurisprudenz aufgewiesen haben.

2. So gewiß es nun bleibt, daß Kelsen sich mit dieser Bereinigung der Jurisprudenz ein unvergängliches Verdienst erworben hat, und so aussichtslos dementsprechend die mannigfachen Versuche sein dürften, die den erreichten Fortschritt wieder rückgängig zu machen wünschen, so hat doch Kelsen die logische Natur der von ihm entdeckten Hypothese

---

<sup>41</sup> Schon wenige Jahre nach Erscheinen dieser Studie hatten, mindestens in Deutschland, die Willens- bzw. Machttheorien wieder die Herrschaft angetreten.

selbst mißverstanden. Und auf diesem Mißverständnis baut sich bei Kelsen ein eigentliches System von unerträglichen Fehlern auf. Dieses Fehlersystem gefährdet aber naturgemäß die erzielte Entdeckung und ist insbesondere auch geeignet, das grundlegende Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Jurisprudenz aufs neue zu verschleiern. Es bleibt daher übrig, die wesentlichen Fehler Kelsens festzustellen, um anschließend das Ergebnis unserer Untersuchung zu einer präzisen Formulierung zu bringen.

Beachten wir: Kelsen bezeichnet die Hypothese der Jurisprudenz als eine *Norm*, als „Grundnorm“ oder „Ursprungsnorm“. „Es ist die Grund- oder Ursprungsnorm, die — als Hypothese — von der Rechts-erkenntnis eingeführt werden muß, um das als Recht zu begreifende Material, um die als Rechtsakte zu deutenden Tatbestände überhaupt als Elemente eines und desselben Systems ‚Recht‘ zu erfassen“<sup>42</sup>. Allein, mit dieser Ansicht dürfte es Kelsen, streng genommen, doch wohl kaum ernst sein. Denn Hypothesen sind, wo immer sie auftreten mögen und was auch ihr Inhalt oder „Gegenstand“ sei, zweifellos weder Normen noch Naturgesetze. Sie sind vielmehr *Sätze* (bzw. Urteile), so wie der Inhalt jeder Wissenschaft in Sätzen (bzw. Urteilen) besteht. (Man müßte denn annehmen, es bestehe die Rechtswissenschaft aus Normen, die Astronomie aus Sternen, die Zoologie aus Käfern, Säugetieren und dergl.). Und so betont denn auch *Kelsen* zutreffend und wiederholt, daß die juristische Hypothese mit Rücksicht auf die Einheit der *Wissenschaft*, d. h. mit Rücksicht auf die „Einheit des Standpunktes juristischer Erkenntnis“<sup>43</sup> aufzustellen sei. Wir müssen somit, wenn wir mit Kelsen die Annahme einer juristischen „Ursprungsnorm“ aufrecht erhalten wollen, dies offenbar in der Meinung tun, daß der in der Wissenschaft eingeführten Hypothese eine Norm (die „Ursprungsnorm“) „entspreche“. Diese Norm wäre alsdann von der Hypothese, die *Kelsen* selbst als „eine willkürliche, nicht weiter diskutabile Voraussetzung“<sup>44</sup> bezeichnet, *gesetzt*. Nun meinten wir bisher mit Kelsen, daß „. . . Wissenschaft aber nur systematische Einheit von Erkenntnissen bedeutet . . .“, daß „. . . man das Wesen einer normativen Wissenschaft . . . nicht darin erblicken . . .“ darf, „. . . daß sie Normen, daß sie ein Sollen

<sup>42</sup> *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 104 (Sperrung von mir).

<sup>43</sup> *Kelsen*, Allg. Staatslehre, S. 104.

<sup>44</sup> *Kelsen*, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, S. 134.

*schaft*, . . . sondern darin, daß sie Normen *erkennt* und *begreift* . . .<sup>45</sup>. Und so will es nicht einleuchten, wie das gesamte Recht plötzlich hergeleitet und begriffen werden soll aus einer „Norm“, die von der *Wissenschaft* „erzeugt“, d. h. *lediglich* mit Hinsicht auf die „Einheit des Erkenntnisstandpunktes“ begründet wird.

Würde man dem tieferen Ursprung dieses elementaren Widerspruchs nachgehen, so würde man ihn vorgezeichnet finden in der neukantischen „Erkenntnistheorie“ — präziser: in der Erkenntnistheorie der Marburger Richtung —, aus welcher Kelsen seine Lehre geschöpft und entwickelt hat. Die Unhaltbarkeit dieser philosophischen Grundlage Kelsens, ihr immanenter Widerspruch ist bereits nachgewiesen<sup>46</sup>. Und Kelsens Konstruktion beweist ihre Unhaltbarkeit von neuem.

Das neukantische Dogma, wonach die „Gegenstände“ der Erkenntnis durch Synthesis der Kategorien im menschlichen Denken „erzeugt“ werden, dieses Dogma mag allenfalls noch einen — von uns freilich nicht akzeptierten — Sinn haben, solange man mit Kant an der, von der Marburger Schule verworfenen, Realität der *Dinge an sich*<sup>47</sup> fest-

<sup>45</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft als . . . , S. 96 f. (Syntaktische Korrektur von mir).

<sup>46</sup> Nelson, Über das sogenannte Erkenntnisproblem, (Abhandlungen der Fries'schen Schule, N. F., Bd. 2, Göttingen 1908).

<sup>47</sup> Bei Kant haben daher die Wendungen, wonach die „Gegenstände“ der „Erfahrung“ sich nach unseren Begriffen „richten“, einen vom Neukantianismus grundverschiedenen Sinn. Mit diesen Wendungen bezeichnet nämlich Kant den Umstand, daß die Erkenntnisweise der *Erfahrung* eine *beschränkte* Vorstellungsart eines sinnlichen Wesens bedeutet, dem *insofern* die Welt als Zusammenhang von (bloßen) *Erscheinungen* gegenübertritt. Mißt man nun diese „Erscheinungswelt“ am Maßstabe einer Welt der „Dinge an sich“ (d. h. der Dinge, wie sie *sind*, unabhängig von irgend einer beschränkten *Weise* ihres Erkenntwerdens), so kann man sich bildlich dahin ausdrücken, daß die Welt der Erscheinungen durch unsere Vorstellungsart „erzeugt“ werde — so etwa „erzeugt“, wie jedermann sich eine nebelhafte Gegend „erzeugen“ kann, indem er eine schmutzige Brille aufsetzt. Seinen „Versuch“, welcher die Erfahrung als eine, unserer beschränkten Erkenntnisweise entsprechende, *Modifikation* der „Welt“ erklärt, begründet Kant selbst folgendermaßen: „Findet sich nun, wenn man annimmt, unsere Erfahrungserkenntnis richte sich nach den Gegenständen als Dingen an sich selbst, daß das Unbedingte *ohne Widerspruch gar nicht gedacht* werden könne; dagegen, wenn man annimmt, unsere Vorstellung der Dinge, wie sie uns gegeben werden, richte sich nicht nach diesen, als Dingen an sich selbst, sondern diese Gegenstände vielmehr, als Erscheinungen, richten sich nach unserer Vorstellungsart, *der Widerspruch wegfallt*; und daß folglich das Unbedingte nicht an Dingen, sofern wir sie kennen, (sie uns gegeben werden,) wohl aber an ihnen, sofern wir sie nicht kennen, als Sachen an sich selbst, angetroffen werden müsse: so zeigt sich, daß, was wir anfangs nur zum Versuche annahmen, gegründet sei.“ (Kritik der reinen Vernunft, Vorrede zur 2. Aufl.).

hält und die „erkenntnistheoretische Erzeugung“ auf die Welt der *Erscheinungen* bezieht<sup>48</sup>. Vollends widersinnig aber ist es, diesen Standpunkt der „Gegenstände erzeugenden Methode“, der, wir wiederholen es, in Wahrheit auch für die Naturwissenschaft unhaltbar ist, in „Fortsetzung“ der Lehre Kants äußerlich schematisch übertragen zu wollen auf die Welt des Sollens, die Kant unzweideutig auf die Idee der Dinge *an sich* (!), auf das Reich der Noumena gegründet hatte<sup>49</sup>. Auf eben dieser Übertragung beruht aber die Lehre Kelsens von der durch Hypothese zu erzeugenden „Ursprungsnorm“, d. h. die Meinung *Kelsens*, daß das Problem der rechtlichen *Verbindlichkeit* reduziert werden könne auf eine Angelegenheit der wissenschaftlichen *Logik*. Diese Lehre steht und fällt mit dem neukantischen Dogma, wonach das Denken seine „Gegenstände“ vermittelt der Kategorien „erzeugt“.

Wir gehen hierauf nicht näher ein, sondern beschränken uns darauf, die für unser Thema wesentlichen Konsequenzen des grundlegenden Dogmas aufzuzeigen.

Als wichtigste Konsequenz ergibt sich zunächst die bekannte, auch von Kelsen vertretene These der *notwendigen* Trennung von Sein und Sollen. Denn da, nach dem Dogma, die Kategorien des menschlichen Denkens ihre „entsprechende“ „Welt“ von „Gegenständen“ jeweils erzeugen“, so folgt aus der exakten Trennung der *Kategorien* (d. h. der Begriffe) des Seins und des Sollens zugleich auch eine *notwendige* Trennung der „entsprechenden“ *Welten*. Diese Konsequenz aber, welche die *begriffliche* Unterscheidung von Sein und Sollen mit einer *realen* Trennung schließlich konfundiert — und welche so unendlich viel zur Diskreditierung der Normlehre beigetragen, ja sogar die Tendenzen zu erneuter Begriffskonglomeration geradezu provoziert hat — diese Konsequenz ist unhaltbar. Sie scheitert an der einfachen Überlegung, daß alles Sollen, seinem Begriffe nach, ein *Seinsollen* ist, daß jedes Sollen mithin die *Möglichkeit* voraussetzt, daß das Sein ihm entspreche, die Möglichkeit, daß die „Wirklichkeit wertvoll“ sei. Auf die Antwort Kelsens, daß das Sein, welches sein-soll, kein reales Sein sei, daß insbesondere „das verpflichtete Verhalten . . . nicht als realer Vorgang zu

<sup>48</sup> In meisterhafter Ausführung hat dies *Erich Kaufmann*, a. a. O., S. 5 ff. gezeigt.

<sup>49</sup> *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, passim, insbesondere: Vorrede, aber auch z. B. Deduktion der Grundsätze. Ausgangspunkt ist das Zusammentreffen der Welt der Phänomene und der Noumena im inneren Sein des Menschen. K. d. r. V., 2. Originalausg., S. 574 f.

denken“ sei<sup>50</sup>, möchten wir uns nicht einlassen. Denn sofern überhaupt der Begriff einer *Rechtsordnung* und eines *Rechtszustandes*, eines *Rechtsverhaltens* und *Rechtsverfahrens* zugegeben wird, so folgt unmittelbar, daß das rechtliche Sollen die Möglichkeit voraussetzt, daß das Sein ihm entspreche. Das Verhältnis zwischen Sein und Sollen ist mithin charakterisiert durch die Kategorie der *Möglichkeit* (oder *Zufälligkeit*). Und eben auf dieses logische Verhältnis zwischen Sein und Sollen, das wir hier keineswegs ohne Motivierung so eingehend betrachten, gründet sich, wie wir schon sahen (III, 3 und 6), die exakte Trennung zwischen dem *Erkenntniskriterium* des Rechts und der *juristischen Hypothese*. Oder, mit Beziehung auf Kelsen ausgedrückt: Die strenge Unterscheidung des juristischen *Positivitätsprinzips* von einer *Norm* ist nur möglich, wenn gleichzeitig jede willkürliche Dogmatik in Bezug auf das Verhältnis zwischen Sein und Sollen verworfen wird.

Daß Kelsen dazu gelangen muß, das Prinzip der Positivität durch eine „. . . nicht gesetzte, sondern *vorausgesetzte* . . . Norm“<sup>51</sup> zu charakterisieren — daß er diese „Norm“ durch die Wissenschaft „erzeugen“ läßt, d. h. eine *praktische* Notwendigkeit auf eine rein *logische* Notwendigkeit reduzieren will, — daß er aus dieser „*hypothetischen* Norm“ dann gar die *kategorischen* Normen des Rechts erklären und begründen will — daß er überhaupt vermeint, aus einer Norm allein, aus einer *einzigsten Prämisse* also, *irgend* etwas ableiten zu können, während doch jeder Schluß zumindest *zwei* Prämissen erfordert, wovon die „zweite“ in der Jurisprudenz jeweils durch die von Kelsen verpönten Tatsachenfeststellungen gebildet wird — daß Kelsen die „*Ursprungsnorm*“ und die, bei ihm willkürlich eingeführte, „*Gerechtigkeitsnorm*“, die beide „. . . in der gleichen Erkenntnisform gedacht . . . werden“ müssen<sup>52</sup>, gewaltsam in zwei beziehungslose *koordinierte* Bereiche zerteilt — und daß er schließlich das soziologische Wesen des Staates ignoriert, *Staat* und *Recht* somit identifiziert, — dies alles sind die ebenso unvermeidlichen wie unerfreulichen Konsequenzen der „erkenntnistheoretischen“ Grundlegung der Jurisprudenz bei Kelsen. Der entscheidende Fehler dieser „Erkenntnistheorie“ faßt sich zusammen in

<sup>50</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft als . . . , S. 126. \*Mit diesem Mangel hängt der in der Folge vielfach kritisierte Fehler zusammen, daß Kelsen aus allen Rechtsbegriffen die in ihnen enthaltenen empirisch-soziologischen Elemente glaubt eliminieren zu dürfen.

<sup>51</sup> Kelsen, Allg. Staatslehre, S. 104.

<sup>52</sup> Kelsen, Die Rechtswissenschaft als . . . , S. 126.

dem Versuche, die *Rechtserkenntnis* schlechthin ermöglichen zu wollen durch eine Hypothese, die *selbst* wiederum „. . . von der *Rechtserkenntnis* eingeführt werden muß“<sup>53</sup>.

Will man die praktischen Konsequenzen veranschaulichen, die aus dieser erkenntnistheoretischen Umdeutung der Jurisprudenz erwachsen, so braucht man nur daran zu erinnern, daß die dogmatische Verzerrung des Verhältnisses von Sein und Sollen kein Monopol des Neukantianismus darstellt, daß derselbe Dogmatismus vielmehr auch von Hegel in Anspruch genommen wird: Nur, daß auf der einen Seite die notwendige *Trennung*, auf der anderen Seite die notwendige *Verbindung* von Sein und Sollen als Parole erscheint. Der Endeffekt der beiden Parolen ist aber derselbe. Beide schließen die exakte Unterscheidung der *Jurisprudenz* von einer normativen *Erkenntnisdisziplin* aus. Beide führen dazu, die *juristische Hypothese* zur Norm umzudeuten. Beide münden aber eben deshalb in die Autoritätsdoktrin, in das Willensdogma, in den prinzipiellen Positivismus ein. Und so kommt es, daß beide Lehren in ihrem schließlichen Ergebnis unterscheidbar werden: Die eine liefert *positivistisches Naturrecht*, die andere *naturrechtlichen Positivismus*.

## V.

1. Das Ergebnis dieser Kritik, die keineswegs als Selbstzweck gedacht war und die, wir wiederholen es, zusammen mit der kritisierten Theorie gegenüber den einsetzenden Rückschrittstendenzen festhalten will am oben charakterisierten Fortschritt (IV, 1), besagt eine weitere Präzisierung unseres Resultates.

Zunächst wird durch dieses Resultat eine strenge Unterscheidung eingeführt zwischen dem Prinzip der Positivität und der grundlegenden Hypothese der Jurisprudenz, die *beide* zur juristischen Systematik gehören.

---

<sup>53</sup> Der Zusammenhang dieser erkenntnistheoretischen Grundlegung mit den erwähnten Konsequenzen geht insbesondere auch daraus hervor, daß *Alfred Verdross*, der hervorragendste Schüler *Kelsens*, auf der Basis einer Revision der „Ursprungsnorm“ zugleich zu weitgehenden Korrekturen des rechtstheoretischen Schulsystems vorgedrungen ist. Man vergl. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. In konsequenter Fortführung des eigenen Denkens müßte daher Verdross auf unsere Fragestellung und schließlich auf unsere Lösung stoßen.

Das *Prinzip der Positivität*, als solches, bezeichnet nichts anderes als das Kriterium der jeweils ausschlaggebenden *Macht*. Es ist, wie wir sahen, der leitende Gedanke jeder Jurisprudenz für die Auswahl ihres Stoffes. Bei Kelsen ist dieses Prinzip im Grunde unterschlagen — ja es *mußte* unterschlagen werden, nachdem Kelsen für die Jurisprudenz einmal das Generalverbot der Tatsachenbetrachtung aufgestellt hatte. Wir wissen indessen, daß *jede* Jurisprudenz — auch diejenige Kelsens — sich grundlegend am Kriterium der Geltung orientiert, daß sie in der Wahl ihres Materials notwendig an die reale Bewegung der sozialen Macht gebunden ist. Es kann daher nicht Sache der Wissenschaft sein, dieses leitende Prinzip in die unkontrollierbare Sphäre des Unterbewußtseins zu verdrängen. Die Forschung hat dieses Prinzip vielmehr in seiner objektiven Funktion anzuerkennen und offen darzulegen.

Auf dieses Prinzip der Positivität *bezieht* sich nun — von ihm selbst begrifflich unterschieden — die oberste *Hypothese der Jurisprudenz*. Sie besagt, daß der an Hand des Positivitätskriteriums ermittelte Stoff unter den *Rechtsbegriff* zu subsumieren sei, daß er nach den Grundsätzen der *Rechtskonstruktion* konstruiert werden dürfe. Mit anderen Worten: Die Hypothese ist streng zu formulieren als das *Dogma der Verbindlichkeit* des nach dem Positivitätskriterium auserlesenen Stoffes.

Damit ist zweierlei gesagt: Erstens, der bloße *Gedanke* der Verbindlichkeit, der bloße *Begriff* des Sollens an sich genügt noch nicht, um die Jurisprudenz zu konstituieren. Zum Aufbau der Jurisprudenz wird vielmehr noch ein *Kriterium* erfordert, an Hand dessen der Jurist seine letzten, grundlegenden Entscheidungen vornehmen kann. Und zweitens: dieses Rechtskriterium wird von der Jurisprudenz nicht im Wege der Forschung, sondern im Wege der *Forderung*, des Dogmas eingeführt.

Aus diesen beiden Sätzen folgt nun die exakte Charakterisierung der juristischen Hypothese. Sie ist eine *konstruktive Hypothese*, im Gegensatz zu einer *Erkenntnishypothese*. Ihr Wesen ist es nicht, reine *Erkenntnis* des rechtlichen Sollens möglich zu machen. Ihr systematischer Sinn liegt vielmehr darin, für eine rechtliche *Darstellung* den Grund zu legen. Indem sie den erlesenen Stoff als *Ganzes* mit Verbindlichkeit auszeichnet, ohne den ungerechten Inhalt jeweils auszuschneiden, bietet sie die Voraussetzung, um diesen Stoff als durchgreifende, umfassende, lückenlose und *zugleich* herrschende Ordnung zu deuten und darzustellen. Deshalb ist denn die juristische Hypothese der letzte Erklä-

rungsgrund dafür, warum die jeweils gegebene Sozialordnung in der Darstellung der Jurisprudenz notwendig als eine *Rechtsordnung* erscheint — d. h. als eine *geltende-gültige Ordnung*.

Was aber für die logische Struktur der Grundlage gilt, das gilt für den ganzen Bau. Der Bau der Jurisprudenz, ihr Gesamtsystem, charakterisiert sich somit als eine *darstellende, konstruktive Disziplin*. Die Jurisprudenz ist, wie schon die Römer sie nannten, in der Tat eine „ars“, eine „Kunst“, d. h. eine wesentlich *technische* Disziplin. Nicht in dem oberflächlichen Sinne freilich, in welchem *Houston Steward Chamberlain* von ihr als einer Technik gesprochen hat, und wonach es ihr lediglich zukommen sollte, bestimmte „Tatsachen“ in geschickter „Handhabung“ präziser als der Laie zu „formulieren“<sup>54</sup>. Das wäre eine äußerliche, das Wesentliche verfehlende Auffassung der Jurisprudenz. Denn, wenn die Jurisprudenz auch Technik, d. h. konstruktive Lehre, ist, so ist sie dies doch in einer eigenartig *gedanklichen Weise*. Sie ist es in der Form einer „*prudentia*“. Sie baut sich auf in der *Erkenntnisform* des Rechts und sie *gestaltet* dabei recht eigentlich diese Erkenntnisform. Und so bestimmen und läutern sich in ihrer Darstellung die bleibenden *formalen* Gesetzmäßigkeiten des Rechts.

2. Will man die Jurisprudenz in ihrem Sinn und Wesen mit irgend einer anderen konstruktiven Disziplin vergleichen, so mußte man die *darstellende Geometrie* erwähnen. Darstellende Geometrie ist eine konstruktive Lehre, die in der *Erkenntnisform* der Geometrie — präziser: der Planimetrie — entwickelt wird. Sie bedient sich der grundlegenden Erkenntnisse dieser für sie vorbildlichen Disziplin. Sie selbst aber ist keine reine Erkenntnisdisziplin. Sie will die mathematische Wahrheit nicht als Selbstzweck ermitteln. Vielmehr ist sie eine wesentlich darstellende, konstruktive Verfahrensweise. Sie baut sich auf auf einer konstruktiven Hypothese, auf einem Dogma. Diese Hypothese besagt, daß zwei auseinanderfallende Ebenen  $E_1$  und  $E_2$ , die im Raum ein rechtwinkliges Koordinatensystem bilden, als *ineinanderfallend* gedacht werden. Sie werden durch Drehung um  $90^\circ$  in ihrer Schnittaxe in Gedanken ineinandergeklappt, zur Deckung gebracht. Und nunmehr gelingt es, *auf der einen*, künstlich hergestellten *Ebene* die Strukturen des *Raums* zu konstruieren — vermöge der Hypothese. Die Hypothese aber rechtfertigt sich durch ihren *Zweck*. Sie macht es möglich, vermit-

<sup>54</sup> *Chamberlain*, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, 1. Hälfte, 1. Teil, 2. Kapitel, 2te Auflage, München 1900.

telst der zweidimensionalen *Zeichnung*, den dreidimensionalen „*Bau*“ des Raumes zu beherrschen, um alsdann wirklich *bauen* zu können.

Analog muß man die Jurisprudenz verstehen. Sie wird entwickelt in der *Erkenntnisform des Sollens*. Und sie müßte sich, wollte sie reine Erkenntnisdisziplin sein, für die Bestimmung des Rechtsinhalts daher eines Kriteriums bedienen, das *selbst* eine Norm darstellt, das selbst in der „Ebene des Sollens“ gefunden wird. Sie kann dies aber nicht, weil sie *positive* Lehre sein will, weil sie das jeweils herrschende System darzustellen hat. Denn, die Kriterien der empirischen Herrschaft, der Macht, auf welche sie hier angewiesen ist, liegen nicht in der „Ebene des Sollens“, sondern in der „Ebene des Seins“. Will daher die Jurisprudenz die Macht als Rechtskriterium anwenden, so muß sie die „Ebene des Sollens“ durch eine willkürliche „Drehung“ zur Deckung bringen mit der „Ebene des Seins“. Auf der gemeinsamen Ebene kann sie alsdann „zeichnen“. Hier kann sie das Sein, das für die Erkenntnis, d. h. in der „räumlichen“ „Sein-Sollens-Beziehung“, nur *zufällig* mit dem Sollen zusammentrifft, als *notwendig* mit ihm zusammenfallend darstellen. Hier kann sie — vermitteltst ihrer Hypothese — nun einen *Rechtszustand*, eine *geltende-gültige* Ordnung als widerspruchsfreies Ganzes *konstruieren*.

### 3. Die Analogie führt aber weiter.

Wie die Hypothese der darstellenden Geometrie durch ihren Zweck gerechtfertigt wird, so wird auch die *Hypothese der Jurisprudenz durch ihren Zweck gerechtfertigt*. Die darstellende Geometrie macht es möglich, in der Wirklichkeit zu bauen. *Die Jurisprudenz macht es möglich, das Recht zu verwirklichen*. Ihre „Zeichnung“ der Rechtsordnung, die sie auf der künstlich gebildeten „Ebene“ ausführt, ist die Voraussetzung der *Rechtsgestaltung im sozialen Leben*. Sie erbaut für die Geschichte, wie dies soeben Walther Schönfeld vorbildlich formuliert hat, „... die logische Struktur der Rechtsordnung . . ., ihre Reflexion konstituiert die Rechtsordnung“<sup>55</sup>.

Jeder Rechtszustand nämlich kennzeichnet sich durch seine *Verbindlichkeit* einerseits, durch seine *Positivität* andererseits. Verbindlichkeit und Positivität aber fallen niemals notwendig, sondern stets nur „zufällig“ zusammen. Deshalb ist — neben der Lehre, welche die reinen Kriterien der Verbindlichkeit erforscht (Rechtsphilosophie) — eine

---

<sup>55</sup> Schönfeld, a. a. O., S. 55 (1927).

Lehre erforderlich, die sich der Pflege der Positivität widmet, d. h. eine Lehre, welche unter Anwendung des Rechtsbegriffs, die *Form der Ordnung* entwickelt und festigt (Jurisprudenz).

Damit bereitet die Jurisprudenz der Gerechtigkeit den Weg. Denn, so wie die *Form* des Rechts, das unbedingte Sollen, aus dem obersten, einheitlichen Grundgesetz (aus der Gerechtigkeit) entspringt, so kann umgekehrt die Gerechtigkeit auch nur in dieser ihr wesentlichen *Form* als Herrscherin in die Gesellschaft einziehen. Diese Form aber bildet sich zunächst im sozialen Leben in roher Gestalt unter der Wirksamkeit empirischer *Interessen*. Sie treiben, im Fortgang der Geschichte, die Formen des Vertrages, des Eigentums, der Gesetzgebung und des Staates hervor<sup>56</sup>. Und der Jurisprudenz kommt es zu, diese empirisch erwachsenen Formen zur *Rechtsform* zu gestalten. Sie entwickelt sie zu formaler Vollkommenheit. Sie pflegt an ihnen den Gedanken der Objektivität, der normativen Notwendigkeit, der Allgemeingültigkeit, der Gleichheit vor dem Gesetz.

Hierdurch aber bereitet sie, wie wir sahen, der Gerechtigkeit den Weg — *ihren* Weg. Sie schafft die *Voraussetzungen*, aus welchen das Rechtsgefühl alsdann die *Konsequenzen* zieht. Sie gestaltet — so kann man es zusammenfassen — die *Gleichheit vor dem Gesetz*. Und in dieser Form kann ihr die *Gleichheit des Gesetzes*, die inhaltliche Gerechtigkeit folgen, um sich das Leben der Gesellschaft als Ganzes zu unterwerfen.

4. So klärt sich nun der eigentliche Sinn der Jurisprudenz ab. Ihr Sinn ist es, ein *notwendiges Mittel der Rechtsverwirklichung* zu sein. Sie ist, ihrer reinen Bestimmung nach, *der Weg der Gerechtigkeit*. Wir können die Jurisprudenz daher, wenn wir das Ideal der Gerechtigkeit für die menschliche Gesellschaft als letztes Ziel der „Rechtskultur“ bezeichnen wollen, als eine „*Kulturnotwendigkeit*“ charakterisieren. Und darin liegt die abschließende Rechtfertigung der Jurisprudenz, die Rechtfertigung ihres eigenartigen Verfahrens.

Allcin, diese Rechtfertigung gilt für sie doch nur insofern, als sie selbst ihre eigene Form und Festigkeit aufrecht erhält und sich nicht vielmehr selbst zur Auflösung bringt. Denn nur insofern ist sie das Mittel der Rechtsverwirklichung, als sie den *Rechtsbegriff* pflegt und entwickelt. Löst sie ihn dagegen auf, um das Recht als bloßes *Mittel*

<sup>56</sup> In diesem Zusammenhang liegt zugleich die Bedeutung der *Rechtsgeschichte* für die Erkenntnis begründet.

zum Zweck zu erklären, als was sie *sich selbst* begreifen müßte<sup>57</sup>, dann hört sie auf, ein gerechtfertigtes, brauchbares Mittel zu sein. Definiert sie *das Recht selbst* als bloß *bedingte* Kulturnotwendigkeit, anstatt ihre *eigene* Kulturnotwendigkeit in der Unbedingtheit des Rechts zu begründen, so hebt sie gerade damit ihre eigene Kulturfunktion auf.

Was aber für die begriffliche Reinheit der Jurisprudenz gilt, das gilt auch für ihre *Positivität*. Die Jurisprudenz kann — so paradox dies klingt — nur insofern zum Wege der Gerechtigkeit werden, als sie die Gerechtigkeit als oberstes Kriterium bei sich selbst *abweist*. Sie kann der Gerechtigkeit nur dadurch den Zugang zur Beherrschung der Gesellschaft erschließen, daß sie ihr in ihrer eigenen Disziplin den Zugang zu solcher allein entscheidender Herrschaft *verschließt*. Denn darin, daß sie sich *nicht* nach demjenigen richtet, was ihr jeweils als gerecht erscheint, darin liegt die Voraussetzung ihrer Positivität, die Voraussetzung ihrer *Bindung* an die herrschende Ordnung. Und weil gerade diese Bindung die einzige Bedingung ist, unter welcher die soziale *Herrschaftsorganisation* zur *Rechtsform* entwickelt werden kann, so kann die Jurisprudenz nur durch Aufrechterhaltung ihrer Positivität der Gerechtigkeit gegenüber ihre besondere Aufgabe erfüllen: Nur dann kann das Ganze der menschlichen Gesellschaft im Verlaufe der Geschichte überhaupt einmal von der Gerechtigkeit beherrscht werden, wenn in der Wirklichkeit zuerst die *Form* dieser Herrschaft ausgebildet ist.

Anders ausgedrückt: vor dem Forum der *freien* Forschung gibt es kein einziges „Urteil“, gegen das nicht „Berufung“ eingelegt werden könnte, mit Rücksicht auf seine inhaltliche Unrichtigkeit. Die *Form des Rechtszustands* aber verlangt *Endgültigkeit* des Urteils. Deshalb kann diese Form nicht ohne die Mitwirkung einer *gebundenen* Disziplin verwirklicht werden. Diese Disziplin ist die Jurisprudenz. Sie gelangt eben vermöge ihrer Bindung zur Endgültigkeit des Rechtsurteils. Und darum kann die Jurisprudenz die ihr zugewiesene hohe Aufgabe nur dann erfüllen, wenn sie sich in der ihr wesentlichen Beschränkung selbst erkennt, wenn sie sich ihre eigene Grenze setzt, um innerhalb dieser Grenze fest zu bleiben.

---

<sup>57</sup> Zutreffend charakterisiert *Antonio Pagano* („I criteri differenziali della filosofia del diritto e della dogmatica giuridica“, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Bd. IV, 1926, S. 546) das Verhältnis von Rechtsphilosophie und Jurisprudenz durch den Unterschied von kategorischer und hypothetischer Anforderung. Er meint aber, daß die Jurisprudenz deshalb den Begriff des kategorischen Sollens entbehren könne.

Allein, aus dieser Situation muß sie nun auch die *Konsequenz* ziehen, ehrlich und offen. Sie muß, nachdem sie sich selbst beschränkte, ihre eigenen Schranken zu allererst *bekennen*. Sie muß, nachdem sie in freier Wahl das *Erkenntniskriterium* des Rechts abgelehnt hat, es sich versagen, sich als *Erkenntnislehre* auszugeben. Sie hat den Weg der angewandten Gerechtigkeitslehre bewußt vermieden und muß nun auch auf den *Schein* verzichten, nach außen hin als angewandte Gerechtigkeitslehre zu *gelten*. Sie muß wissen, daß ihr die reine *Form* anvertraut ist, damit sie sie für einen souveränen Herrscher pflege, der stets auf seinen Einzug wartet. Und sie vergeht sich, wenn sie nun die *Form* zur *Sache* macht, wenn sie die *Macht* an die noch leere Stelle der *Gerechtigkeit* rückt, wenn sie als *sichtbarer* Götze den Thron des ewig *unsichtbaren* Meisters selbst besetzt. Dann hat sie ihren eigenen Beruf verraten. Sie hat mit der Würde der Gerechtigkeit zugleich ihre eigene Würde aufgehoben. Und auf ihr lastet die Schuld, wenn in der aufsteigenden Empörung nicht nur die Macht, sondern zugleich die *Form des Rechts* zertrümmert wird.

5. Wir erkennen jetzt das Wesen der Jurisprudenz nach zwei Richtungen hin. Wir erkennen sie zunächst in ihrer logischen Struktur und ferner in ihrem Sinn und Zweck.

Nach ihrer *logischen Struktur* ist sie eine konstruktive, darstellende Disziplin. Nach ihrem *Sinn*, nach ihrer Bestimmung, ist sie eine *Dienerin der Rechtsverwirklichung*. Sie fügt sich dem jeweils vorliegenden, empirischen Versuche der Rechtsverwirklichung ein, ordnet sich ihm unter. Sie legt somit ein *Bekennnis* zur gegebenen Ordnung ab. Wer Jurist wird, dessen wartet nicht der Weg des freien, ungebundenen Forschens. Denn Jurist sein, heißt im letzten Grunde *Rechtsbeamter* sein. Und Jurist werden, heißt deshalb, eine *Wahl* treffen, eine *Entscheidung* vornehmen, die schließlich eine *ethische* Entscheidung ist. Sie soll auf der zentralen Frage sich aufbauen: Kann ich dem herrschenden Versuche der Rechtsverwirklichung als Diener und Förderer mich einfügen? Kann ich wenigstens zu der Entwicklungsrichtung der herrschenden Macht mich bekennen? Oder führt mich der Widerstreit zwischen ihr und der Gerechtigkeit dazu, zur Seite zu stehen oder das Ganze grundsätzlich zu bekämpfen und durch ein neues Ganzes ersetzen zu wollen? Mit anderen Worten: es bleibt stets die Wahl zwischen einer eigentlichen *Mitarbeit* an der *gegenwärtigen* Jurisprudenz und einer *ablehnenden* Haltung, deren Tendenz auf eine *andere* Sozialordnung

und mithin auf eine *neue* Jurisprudenz geht. Immer aber soll alsdann die Jurisprudenz von heute durch eine Jurisprudenz von morgen ersetzt werden.

Wer solche Opposition, solche „juristische Abstinenz“ prinzipiell ablehnt, wer die Freiheit der Kritik mißbilligt und nicht vielmehr als notwendige Voraussetzung des möglichen Fortschritts fordert, der muß auch unsere Lösung ablehnen und mißbilligen. Was ihm übrig bleibt, das kennen wir schon. Es bleiben zwei unbrauchbare Wege und zwischen ihnen eine unvermeidliche Wahl. Der eine Weg führt, wie wir sahen, zur Auflösung der Jurisprudenz, zur Erweichung des Rechtsbegriffs. Der andere Weg führt zur „Abschaffung“ der Gerechtigkeit, zur prinzipiellen Sanktionierung der empirischen Gewalten.

Will man der Jurisprudenz ihre innere Festigkeit garantieren und gleichwohl die Würde der Gerechtigkeit aufrecht erhalten, so wird man, wie ich glaube, notwendig auf unsere Lösung stoßen<sup>58</sup>.

6. *Rechtsphilosophie und Jurisprudenz* stehen hiernach in einem eindeutig bestimmbar, prinzipiell unveränderlichen Verhältnis.

Sie bauen sich beide auf auf dem einen *Begriff des rechtlichen Sollens*. Er fließt aus einem einheitlichen, gemeinsamen Grundgesetz, aus dem Sittengesetz, das in seiner *innern* Anwendung zu den (hier nicht betrachteten) Begriffen der *Moral*, in seiner *äußern* Anwendung zu den Begriffen des *Rechts* führt<sup>59</sup>. Zuzufolge der Einheit des Rechtsbegriffs sind daher Rechtsphilosophie und Jurisprudenz verbunden durch die *Einheit ihrer formalen Grundlage*<sup>60</sup>. Und so kommt es, daß diejenigen

<sup>58</sup> Am nächsten stehe ich, so wie ich sehe, der Denkweise *Walther Burckhardt's* („Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“). — Auch zu *Emge* („Vorschule der Rechtsphilosophie“, 1925) sind bemerkenswerte Beziehungen gegeben. Ich lege insofern Wert auf den Hinweis, daß man die hier gegebene Lösung schon in meiner oben zitierten Dissertation (§ 8) vorgezeichnet findet.

<sup>59</sup> Tiefes Verständnis für diesen Zusammenhang spricht aus den Aufsätzen von *Gierke* („Recht und Sittlichkeit“, a. a. O.) und *W. Burckhardt* („Über das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit“, Schweiz. Zeitschrift f. Strafrecht, Bd. XXXV, 1922).

<sup>60</sup> Darum verrät es keine tiefere Einsicht, wenn *Beling* (Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. XXI, 3. Folge) sich darüber aufhält, daß man noch immer den Rechtsbegriff in der Rechtsphilosophie suche, *anstatt* in der Jurisprudenz! Man kann den Rechtsbegriff *sowohl* in der Rechtsphilosophie *als auch* in der Jurisprudenz „suchen“. Und man findet, sofern man richtig sucht, hier wie dort dieselbe *apriorische Kategorie* des Sollens. Die Apriorität des Rechtsbegriffs besagt somit keineswegs, wie es seit *Stammler* den Anschein hat, daß der Rechtsbegriff in den Wolken gesucht werden müsse. Man findet ihn selbstverständlich nicht sowohl in den Wolken, als vielmehr im empirisch gegebenen Bewußtsein des Menschen. — Die Lehre vom apriorischen Charakter des Rechtsbegriffs ist insbesondere

Resultate der Rechtsphilosophie, welche sich aus der bloß begrifflichen Analyse ihrer grundlegenden Kategorie ergeben, zugleich von der Jurisprudenz, ohne Beeinträchtigung ihrer Positivität, in die eigene Lehre aufgenommen werden können. Ja sie *müssen* hier aufgenommen werden, sofern die Jurisprudenz sich zu einem widerspruchsfreien Ganzen entwickeln soll. Der formale Teil der Rechtsphilosophie ist, mit anderen Worten, dazu bestimmt, zugleich auch in die Jurisprudenz überzugehen und hier einen bleibenden allgemeinen Teil — aber allerdings nicht im Sinne der traditionellen „allgemeinen Rechtslehre“ — darzustellen<sup>61</sup>. Daraus erklärt es sich, daß Kelsens „reine Rechtslehre“, welche, vermöge ihrer Formalisierung, der genannten Anforderung entspricht<sup>62</sup>, in die Jurisprudenz einzudringen vermochte, trotz ihres überempirischen Charakters. Man könnte dieser „reinen Rechtslehre“, wie mir scheint, sogar eine dauernde Bedeutung für die Jurisprudenz prophezeien, eine bleibende Funktion, im Unterschied zu allen bisherigen Versuchen, wenn sich von ihr eine Selbstbereinigung erwarten ließe, die allein ihrer schließlichen Verdrängung vorbeugen kann.

Wir sehen: soweit das Gebiet der begrifflichen Analyse, der bloß formalen Konsequenz reicht, soweit schreiten Jurisprudenz und Rechtsphilosophie in gemeinsamem Schritt. Sie trennen sich aber an derje-

---

von *Puchta* („Institutionen“, 2. Aufl. Leipzig 1845, § 32) vertreten worden, aber in der falschen Meinung, daß hiermit eine Ableitung des Rechts aus dem „Weltorganismus“ gefordert sei. Weshalb man es der Jurisprudenz nicht übel nehmen kann, wenn sie zur Anerkennung der Apriorität wenig Lust bezeugte!

<sup>61</sup> Vorbildliche Ergebnisse nach dieser Richtung hin enthält das mehrfach zitierte Werk *Walther Burckhardts* („Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“), insbesondere über das logische Verhältnis zwischen Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtserzwingung.

<sup>62</sup> Ich brauche wohl nicht mehr zu erwähnen, daß diese Formalisierung, nach richtiger Auffassung, eine methodische *Aussonderung* eines formalen Teils *aus dem Ganzen* der Rechtsphilosophie darstellen muß. Faßt man dagegen, wie *Franz Weyr* („Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft“, *Zeitschr. für öffentliches Recht*, Band II, 1921) im Sinne *Kelsens* diesen formalen Teil als das *Ganze selbst* auf, so läuft dies auf eine Verabsolutierung der leeren Form hinaus, womit man dieser Form zugleich ihren möglichen *Sinn* entzieht. Denn eine formale Rechtslehre ist logisch nur haltbar unter gleichzeitiger Anerkennung adäquater materialer Bestimmungen, in der Rechtsphilosophie sowohl als auch in der Jurisprudenz. — Die gegenteilige Ansicht *Kelsens* führt, wie wir schon sahen, zu der sowohl logisch als menschlich unmöglichen positivistischen Rechtsphilosophie, welche Jurisprudenz und Rechtsphilosophie willkürlich zusammenfallen läßt. Es ist nur konsequent, wenn die leere, verabsolutierte Form zu Gunsten des Empirismus schließlich wieder über Bord geworfen wird, wie zum Teil bei *Manigk* („Wie stehen wir heute zum Naturrecht“, *Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. XIX, 1926, insbesondere S. 405).

nigen, denkwürdigen Stelle, wo die Frage nach dem *Rechtsinhalt* auftaucht. Dort übernimmt die Jurisprudenz das *Kriterium der Macht* und wählt den Weg der *Rechtskonstruktion*, der *Rechtsdarstellung*. Die Rechtsphilosophie dagegen entwickelt das *Kriterium der Gerechtigkeit*, weil ihr Weg der Weg der *Rechtserkenntnis*, der *Rechtsfindung* ist<sup>63</sup>. Beide stehen nunmehr auf verschiedenem Gelände<sup>64</sup>. Und doch behalten sich beide auch jetzt noch im Auge. Die Rechtsphilosophie wendet sich mit ihrer Erkenntnis an die empirischen Gewalten und an die emporsteigenden Träger zukünftiger Gewalt, um sie zum Bewußtsein ihrer eigentlichen *Bestimmung* zu führen und ihnen eine *Richtlinie* für den Inhalt ihrer Entscheidungen darzubieten<sup>65</sup>. Sie mil-

<sup>63</sup> Jurisprudenz und Rechtsphilosophie unterscheiden sich also nicht dadurch, daß die eine Disziplin das sogenannte „positive Recht“, die andere Disziplin das sogenannte „ideelle“, „natürliche“, „richtige“ oder „seinsollende“ Recht erforscht, wie z. B. *Bergbohm* meinte und wie im Grunde noch heute die herrschende Ansicht annimmt. Gerade diesen Dualismus glauben wir mit unserer Lösung widerlegt zu haben. Es gibt nicht zwei Rechtserforschungsdisziplinen, so wenig wie zwei Arten Recht. Das Recht — präziser: die Rechtsordnung — ist vielmehr eine *Einheit*. Aber eine Einheit *verbindlicher* und zugleich *herrschender* Beziehungen, eine Einheit *positiv dargestellter* und doch nur nach einem *idealen* Kriterium (nach der Gerechtigkeit) beurteilbarer Verhältnisse. Hieraus folgt, daß die Rechtsordnung sich schon ihrem *Begriffe* nach als ein *Ideal* kennzeichnet. — Zur Verwirklichung dieses Ideals ist aber, neben einer *freien* Rechtsfindungslehre, eine *gebundene* Lehre, die Jurisprudenz, dauernd erforderlich. Sie deutet den herrschenden Zustand *als* Rechtszustand, d. h. sie stellt ihn so dar, *als ob* das Ideal in ihm verwirklicht wäre. — Die Stellung der Jurisprudenz entspricht daher im großen und ganzen der *Stellung des Richters*. Auch der Richter ist ähnlich gebunden. Auch er kann sein Amt nur auf der Grundlage einer „Hypothese“ pflichtgemäß verwalten. Seine Tätigkeit setzt ein *Bekenntnis* voraus, das Bekenntnis zum Dogma der durchgreifenden Verbindlichkeit der positiven Regeln. Das Freirecht wollte die hierin liegende Schwierigkeit umgehen. Diese „Umgehung“ muß aber abgelehnt werden, weil sie für die Gesellschaft die Möglichkeit aufhebt, sich im Wege einer widerspruchsfreien *Ordnung* dem Rechtszustand anzunähern.

<sup>64</sup> Dies hat *Nelson* in seinem Buche: Die Rechtswissenschaft ohne Recht, Leipzig 1917, nicht hinreichend beachtet, woraus es sich zum Teil erklärt, daß seine Argumente trotz ihrer ungeheuren Wucht und Konsequenz in der Jurisprudenz nicht entsprechend durchgedrungen sind. Zum anderen Teil liegt der Grund hierfür aber gerade in der Berechtigung der erhobenen Anklage.

<sup>65</sup> Daß diese Richtlinie unter Berücksichtigung der historisch gegebenen Lage und mit Hilfe einer soziologischen Analyse der vorliegenden Interessensituationen herausgearbeitet werden muß, das haben in neuerer Zeit vor allem *Emge* (a. a. O.) und *Julius Kraft* (Die Methode der Rechtstheorie in der Schule von *Kant* und *Fries*) hervorgehoben. — Es geht aus unseren Ausführungen hervor, daß *neben* der Jurisprudenz eine *angewandte Gerechtigkeitslehre* möglich ist, welche vermittelst *soziologischer* Forschung die entsprechenden Subsumtionen unter die rechtsphilosophischen Prinzipien vornimmt. Diese empirische *Rechtserkenntnis-* oder *Rechtsfindungslehre*

dert, sofern ihr dies gelingt, den möglichen Gewissenskonflikt, die innere Spannung des Juristen. Er selbst aber befragt sie überall dort, wo er sein freies *Ermessen* betätigen kann, wo er die *Lücken* der bestehenden Ordnung auszufüllen, ihre ideale *Ergänzung* und *Fortbildung* vorzunehmen hat. Im übrigen aber lehnt er ihren Rat ab. Er befolgt hier, seinem Berufe gemäß, das — philosophisch so bedenkliche — Wort:

„Vom Baume der Erkenntnis des Guten und Bösen sollst du nicht essen“<sup>66</sup>.

Denn nur durch diese Unterordnung der Jurisprudenz kann es erreicht werden, daß die Gesellschaft als Ganzes sich im Verlaufe der Geschichte der Gerechtigkeit unterordnet.

Die positive Ordnung mag sich aber diesem Ziele noch so sehr angenähert haben, und es mag daher der Inhalt der Jurisprudenz sich mit der freien Rechtserkenntnis noch so weitgehend decken, so bleiben *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie doch grundsätzlich von einander geschieden*. Die Jurisprudenz behält zugleich mit ihrer konstruktiven Funktion ihr eigenartiges, dogmatisches Kriterium bei und subsumiert daher auch jetzt im Prinzip den stets möglichen Rest des ungerechten Stoffes noch unter den Rechtsbegriff. Die Rechtsphilosophie dagegen bleibt, auch der wesentlich vervollkommenen Ordnung gegenüber, noch immer das, was sie war: eine freie Erkenntnisdisziplin, eine Instanz, die immer noch zu kritisieren, immer noch zu fordern, immer noch vor Rückschritt und Erstarrung zu warnen hat.

So sind Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, wie dies insbesondere die katholische Rechtsphilosophie, der ich sonst fern stehe, seit alter Zeit erkannt und verkündet hat, in der „Einheit der sittlichen Ordnung“ zusammengefaßt. Sie nehmen ihren Ursprung aus dem einen Grundgesetze — aus der äußeren Anwendungsform des Sittengesetzes. Und deshalb sind sie bleibend auf einander angewiesen: Die Rechtsphilosophie vermittelt der Jurisprudenz ihr Selbstbewußtsein und ihre

---

ist als notwendiges Korrelat der Jurisprudenz postuliert. Ihre erfolgreiche Bearbeitung ist eine Voraussetzung für die objektive Lösung der Gesetzgebungsprobleme und insofern für die Sicherheit der Rechtsverwirklichung.

<sup>66</sup> *Hobbes* (*De Cive*, cap. XII, § 1) hat diesen Satz, den wir hier cum grano salis auf die Jurisprudenz anwenden, auf das allgemeine Verhältnis zwischen Bürger und Staat bezogen, womit sich seine Staatsphilosophie zum *Absolutismus* bekannte. — Für die Jurisprudenz hat schon *Fries* die relative Einschränkung des „Selbstdenkens“ für notwendig erachtet (a. a. O., S. XI).

Selbstbeschränkung. Sie aber kann ihrerseits die Verwirklichung des letzten Ziels nicht ohne die Hilfe der Jurisprudenz erwarten.

Gleichwohl sind Rechtsphilosophie und Jurisprudenz wesentlich von einander getrennt — und gerade darum mit einander vereinbar. Sie widersprechen sich nicht, wie Bergbohm meinte. Deshalb nicht, weil beide ihren Bau auf verschiedener Ebene errichten. Die Jurisprudenz, als gebundene Disziplin, *muß* und *soll* ihr Urteil über die Verbindlichkeit endgültig fassen. Vor dem Forum der freien Forschung aber bleibt gerade *ihr* Urteil ein nurmehr vorläufiges, stets noch überprüfbares. Nach dieser frei ermessenden Instanz kann es auf Erden kein letztes Gericht geben — und doch ist gerade sie, in einem ganz *anderen* Sinn, hier das letzte Gericht, das Gericht, das über Schuld und Schuldigkeit „in Wahrheit“ entscheidet.

Der Boden der Rechtsphilosophie ist somit die *Erkenntnis*. Der Boden der Jurisprudenz das *Bekennnis*<sup>67</sup>. Das ist die entscheidende Einsicht, welche die Rechtslehre vor ihren Jüngern nicht sowohl verbergen, als vielmehr in ihren Prolegomena erläutern sollte. Nur auf dieser Grundlage kann sie ihre Schüler zur restlosen Ehrlichkeit und zum Bewußtsein des eigenen Berufes zugleich erziehen. Über der Pforte ihrer Schule sollte deshalb in goldenen Lettern eingetragen sein:

Unser Recht ist dir Bekenntnis,  
Die Gerechtigkeit Erkenntnis.

---

<sup>67</sup> Und nicht umgekehrt, wie es sehr oft, insbesondere von *Radbruch*, dargestellt worden ist.

JURISTISCHE ABHANDLUNGEN

BAND IX



---

VITTORIO KLOSTERMANN FRANKFURT AM MAIN

ARNOLD GYSIN

RECHTSPHILOSOPHIE  
UND GRUNDLAGEN DES PRIVATRECHTS

Begegnung mit großen Juristen



---

VITTORIO KLOSTERMANN FRANKFURT AM MAIN

Der Stiftung Pro Helvetia, die das Erscheinen dieses Buches durch einen  
Druckkostenbeitrag gefördert hat, sei auch an dieser Stelle herzlich gedankt.

© Vittorio Klostermann Frankfurt am Main 1969  
Herstellung: Druckerei Otto KG., Heppenheim  
Alle Rechte vorbehalten — Printed in Germany